

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Manuel Fernando Quinche Ramírez



Colección Textos de Jurisprudencia



UR

El control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad / Manuel Fernando Quinche Ramírez.—--Bogotá: Editorial Universidad del Rosario; Facultad de Jurisprudencia, 2013.

xx, 314 páginas.—(Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-402-4 (rústica)

ISBN: 978-958-738-403-1 (digital)

Derecho constitucional – Colombia / Control constitucional – Colombia / Constituciones – Colombia / Colombia. Corte constitucional / Colombia – Leyes, decretos, etc. / I. Título / II. Serie.

342.861

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Octubre 08 de 2013

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

El control de constitucionalidad

Manuel Fernando Quinche Ramírez



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2013 Editorial Universidad del Rosario
© 2013 Universidad del Rosario, Facultad de
Jurisprudencia
© 2013 Manuel Fernando Quinche Ramírez
© 2013 Lorenzo Beagle, por la presentación

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

Primera edición: Bogotá D.C., octubre de 2013

ISBN: 978-958-738-402-4 (Rústica)
ISBN: 978-958-738-403-1 (Digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Rodrigo Díaz Lozada
Diseño de cubierta: Lucelly Anaonas
Diagramación: Martha Echeverry
Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Contenido

Presentación	xvii
--------------------	------

Lorenzo Beagle

Capítulo I

Elementos dogmáticos del control de constitucionalidad	1
--	---

1. La Constitución y la supremacía constitucional	1
1.1. La Constitución Política	2
1.2. La supremacía constitucional	4
2. El Estado constitucional como escenario de los controles y del control de constitucionalidad	12
2.1. El Estado moderno y las regularidades en los sistemas políticos modernos que dan lugar al control	13
2.2. Transformaciones en el Estado moderno que dieron lugar al Estado constitucional	16
2.3. El papel del control en el Estado constitucional	19
3. Las modalidades del control en el Estado constitucional	20
3.1. Los controles sociales	20
3.2. Los controles políticos	21
3.3. Los controles jurídicos	23
4. Los niveles del control jurídico	24
4.1. El control de legalidad	24
4.2. El control de constitucionalidad	27
4.3. El control de convencionalidad	29

Capítulo II

Elementos operativos e institucionales del control de constitucionalidad	33
---	----

1. Los <i>modelos</i> de control constitucional y los <i>sistemas</i> de control constitucional	33
--	----

1.1.	Los modelos de control constitucional	34
1.2.	Los sistemas de control constitucional	38
2.	El órgano titular del ejercicio del control jurídico constitucional	40
2.1.	Los controles difuso y concentrado y los órganos encargados del control constitucional en América del Sur	41
2.2.	El tribunal constitucional como órgano de control constitucional en América del Sur	42
2.3.	El establecimiento de la jurisdicción constitucional y de un tribunal constitucional en Colombia	45
3.	La Corte Constitucional de Colombia	46
4.	Historia del control jurídico en Colombia	50
4.1.	El período inicial de inexistencia de control jurídico	50
4.2.	El nacimiento del control jurídico con los liberales radicales	51
4.3.	La supresión del control constitucional por los conservadores entre 1886 y 1910	53
4.4.	El establecimiento del control constitucional por demanda ciudadana en 1910	56
4.5.	El control constitucional en la Carta de 1991: principal y residual	59

Capítulo III

El control sobre los actos reformativos de la Constitución		61
1.	Las reformas constitucionales y los mecanismos de reforma constitucional	62
1.1.	La reforma de la Constitución por la vía del Congreso	64
1.2.	La reforma de la Constitución por la vía del referendo constitucional	65
1.3.	La reforma de la Constitución por la vía de la Asamblea Constituyente	66
2.	La reforma de la Constitución tramitada ante el Congreso de la República	67

3.	La historia del control sobre las reformas constitucionales	70
3.1.	Período 1955-1977. La incompetencia de la Corte Suprema para ejercer el control sobre las reformas constitucionales	71
3.2.	Período 1977-1990. La corrección doctrinal. El control sobre las reformas constitucionales solo por vicios de forma	73
3.3.	El período posterior a 1991	75
4.	El control sobre los actos reformativos de la Constitución en la Carta de 1991	75
4.1.	El parámetro normativo del control sobre los actos legislativos	76
4.2.	El control por vicios en el trámite	77
4.3.	El control por vicios de competencia. La diferencia entre <i>reformular</i> y <i>sustituir</i> o <i>cambiar</i> la Constitución. El <i>test de sustitución</i>	79
5.	Las aplicaciones concretas del <i>test de sustitución</i>	87

Capítulo IV

El control sobre las leyes que convocan referendos

	constitucionales	95
1.	El referendo y los mecanismos de participación ciudadana establecidos por la Constitución de 1991	96
1.1.	El voto	97
1.2.	El plebiscito	98
1.3.	El referendo	98
1.4.	La consulta popular	100
1.5.	El cabildo abierto	100
1.6.	La iniciativa legislativa	101
1.7.	La revocatoria del mandato	101
2.	El referendo constitucional. Fases y estructura	102
2.1.	La fase de la iniciativa	103
2.2.	La fase legislativa	106
2.3.	La fase judicial del referendo constitucional	109
2.4.	Fase ejecutiva y electoral del referendo constitucional	110
3.	Los referendos constitucionales tramitados en Colombia	111

4. El control sobre la ley de convocatoria a referendos constitucionales	114
4.1. Características del control sobre la ley que convoca al referendo constitucional	115
4.2. Parámetros normativos del control sobre la ley que convoca al referendo constitucional	117
4.3. La competencia y el control de la Corte Constitucional sobre las leyes de convocatoria. Alcance	119

Capítulo V

El control sobre las leyes	127
1. La ley y las leyes en Colombia	128
1.1. La ley	128
1.2. La clasificación de las leyes y su control judicial	131
2. La acción de inconstitucionalidad como mecanismo preferente del control sobre las leyes	139
2.1. Breve referencia al origen de la acción	140
2.2. Marco normativo de la acción	141
2.3. El titular de la acción	142
2.4. Competencia	143
2.5. Caducidad y procedencia de la acción	143
2.6. Finalidad y objeto	144
2.7. Requisitos de procedencia y de admisión de la demanda	146
2.8. Trámite de la acción	147
2.9. La sentencia, su notificación y sus efectos	148
3. El control judicial sobre las leyes	149
3.1. El control sobre las leyes por vicios de forma	150
3.2. El control sobre las leyes por vicios de fondo	154

Capítulo VI

El control sobre los decretos con fuerza de ley	155
1. Las tres clases de facultades extraordinarias que se otorgan al presidente para que expida decretos con fuerza de ley	158
1.1. Las facultades extraordinarias otorgadas al presidente por el <i>poder constituyente primario</i> mediante artículos transitorios de la Constitución	159

1.2.	Las facultades extraordinarias otorgadas al presidente por el Congreso de la República en calidad de <i>poder constituyente secundario</i> mediante actos legislativos	161
1.3.	Las facultades extraordinarias otorgadas al presidente por el Congreso de la República en calidad de <i>órgano legislativo</i>	162
2.	Los criterios de competencia para ejercer el control judicial de constitucionalidad sobre los distintos decretos en Colombia	162
2.1.	El criterio formal de competencia	164
2.2.	El criterio material de competencia	164
3.	El control sobre los decretos con fuerza de ley dictados con base en leyes de facultades extraordinarias (art. 150.10). Elementos y características de ese control	166
3.1.	Las leyes de facultades extraordinarias y sus decretos con fuerza de ley	166
3.2.	Parámetros y reglas del control sobre las leyes de facultades extraordinarias y los decretos con fuerza de ley	167
3.3.	La inconstitucionalidad por consecuencia	169
4.	El control sobre el decreto del Plan Nacional de Desarrollo (art. 341)	170
4.1.	La ley del Plan Nacional de Desarrollo	170
4.2.	El decreto de la ley del Plan Nacional de Desarrollo	174
4.3.	El control de la ley del Plan Nacional de Desarrollo y de su decreto con fuerza de ley	175
5.	El control por demanda ciudadana sobre otros decretos y demás normas atípicas con fuerza material de ley	176
5.1.	Los decretos estatutarios regulares	176
5.2.	Los decretos estatutarios irregulares	177
5.3.	Los decretos con fuerza de ley expedidos con anterioridad a la Constitución de 1991	177
5.4.	Los decretos compiladores	178

5.5.	Los decretos enmienda o de corrección de yerros caligráficos y tipográficos sobre disposiciones con fuerza de ley	178
5.6.	Los decretos y actos expedidos con ocasión del trámite de referendos constitucionales	179
5.7.	Los decretos que convocan a sesiones extraordinarias al Congreso de la República	179
5.8.	Los decretos y las resoluciones adoptadas en cumplimiento de lo dispuesto en un acto legislativo	180

Capítulo VII

El control sobre los decretos legislativos de los estados

de excepción	181
1. Los estados de excepción previstos en la Constitución de 1991	182
1.1. El estado de guerra exterior	182
1.2. El estado de conmoción interior	183
1.3. El estado de emergencia económica, social y ecológica	184
2. La doble modalidad de los decretos legislativos	185
2.1. El decreto legislativo que declara el estado de excepción	185
2.2. Los decretos legislativos que contienen las medidas	186
3. La conmoción interior y sus controles	186
3.1. Elementos estructurales de la conmoción interior	187
3.2. Límites de la conmoción interior	188
3.3. El control de la conmoción interior y de sus decretos legislativos	192
4. El estado de emergencia económica, social, ecológica o por grave calamidad pública	201
4.1. Elementos y características del estado de emergencia económica, social y ecológica	201
4.2. El control de la emergencia económica, social y ecológica y sus decretos	205
5. Un problema estructural. Los usos ilegítimos de los estados de excepción	206

5.1.	El uso irregular de la conmoción interior y sus decretos legislativos por la administración Uribe	207
5.2.	El uso irregular de la emergencia económica y social y sus decretos legislativos por la administración Uribe	208

Capítulo VIII

El control sobre los proyectos de ley, los proyectos de ley

estatutaria y los proyectos de acto legislativo 211

1.	El control sobre los proyectos de ley que han sido objetados por el presidente como inconstitucionales	211
1.1.	La <i>sanción</i> de los proyectos de ley, las <i>objeciones</i> presidenciales a los proyectos de ley y la <i>promulgación</i> de las leyes	212
1.2.	El control en los casos de objeción presidencial por inconstitucionalidad	214
2.	El control sobre los proyectos de leyes estatutarias	216
2.1.	Las leyes estatutarias: elementos y características	217
2.2.	Características del control sobre los proyectos de leyes estatutarias	217
2.3.	El control por vicios de forma sobre los proyectos de leyes estatutarias	219
2.4.	El control por vicios de fondo sobre los proyectos de ley estatutaria y sobre leyes ordinarias demandadas por violar las reservas estatutarias	221
2.5.	Control por vicios de competencia. Control por violación de la reserva de ley estatutaria	222
2.6.	Control constitucional por demanda ciudadana sobre las leyes estatutarias. La inconstitucionalidad sobreviniente	227
3.	El control sobre los proyectos de acto legislativo objetados por el presidente como inconstitucionales	228
3.1.	El régimen político y el presidencialismo en América Latina y Colombia	229
3.2.	El desplazamiento del poder constituyente del pueblo hacia el poder del presidente	233

3.3. Argumentos a favor y en contra de la sanción y las objeciones presidenciales sobre actos legislativos	235
--	-----

Capítulo IX

El control sobre los tratados públicos y las leyes que los aprueban

1. Los tratados públicos y las leyes que los aprueban	243
1.1. Los tratados públicos	243
1.2. Las leyes aprobatorias de tratados públicos	246
2. El inexistente o mínimo control de los tratados en vigencia de la Constitución de 1886	248
2.1. Período inicial (1886-1985). Ausencia total de control sobre los tratados y sus leyes aprobatorias	249
2.2. Segundo período (1985-1986). Control de los tratados y sus leyes aprobatorias de acuerdo con la tesis de la competencia intermedia o temporal	250
2.3. Tercer período (1986-1991). Control de tratados y leyes aprobatorias de conformidad con la tesis de la competencia intemporal de la Corte Suprema por vicios de forma	251
3. El control de los tratados públicos y sus leyes aprobatorias en la Constitución de 1991	252
3.1. La sentencia C-027 de 1993, que declaró la inexequibilidad parcial del concordato celebrado con la Iglesia católica	253
3.2. La sentencia C-400 de 1998, que efectuó el control respecto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986	255
3.3. El auto 288 de 2010. El control sobre acuerdos simplificados. El caso de las bases militares de Estados Unidos en Colombia	256
4. El control sobre los tratados públicos y las leyes que los aprueban. Las dos vías de ese control	259
4.1. El control constitucional previo y automático sobre los tratados. Características de este control	260

4.2. Control por vía activa. El ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad 262

Capítulo X

El control concreto. La excepción de inconstitucionalidad y la acción de tutela 265

1. Control concreto por la vía de la excepción de inconstitucionalidad 266

2. Control concreto por vía de la acción de tutela 269

 2.1. Antecedentes y origen de la acción 270

 2.2. Características de la acción de tutela 271

 2.3. Marco normativo de la acción de tutela 273

 2.4. Titulares de la acción 273

 2.5. Legitimación por activa. Quiénes pueden proponer la acción 275

 2.6. La parte demandada 276

 2.7. Jurisdicción y competencia 278

 2.8. La caducidad y la inmediatez de la acción 284

 2.9. Procedencia e improcedencia de la acción 285

 2.10. Trámite de la acción y sentencia 289

 2.11. El cumplimiento del fallo y la orden de protección 290

 2.12. Las vías de hecho. La acción de tutela contra providencias judiciales 292

3. Control concreto por revisión de los fallos de tutela por la Corte Constitucional 295

 3.1. Las tres etapas en el control concreto de la Corte Constitucional 296

 3.2. La tutela contra tutela y la nulidad de los fallos de la Corte Constitucional 301

 3.3. Planos de despliegue del control concreto por vía de tutela 306

Bibliografía 309

Presentación

El profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez me ha solicitado el encargo de hacer la presentación de su nuevo texto *El control de constitucionalidad*. He aceptado la gentil invitación del profesor con algo de sorpresa, pues como lector de su obra, he percibido que en ninguno de sus libros anteriores ha sido hecha presentación alguna, lo que adjudico a la tranquilidad del autor. No obstante, antes de aceptar le dije de mil maneras que estoy alejado y un poco decepcionado del derecho, sus actores y sus tribunales. Sin embargo, él insistió en nombre de la fuerte amistad que nos une y yo, que en materia de sentimientos soy bastante débil y complaciente, he cedido a su solicitud. En este sentido, valgan ahora algunas reflexiones alrededor del tema, del texto y de su autor.

Conocí al profesor Quinche hace ocho años, aproximadamente, cuando apenas había publicado dos libros y alternaba su vida de litigante con la de investigador de la Universidad del Rosario. Su primera obra fue *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias* (Huella de Ley, 2001), que es su libro más conocido, y a ella sobrevendría años después la publicación de *Reforma política y referendo en Colombia, dentro de los actos reformativos de la Constitución de 1991* (Universidad del Rosario, 2004), que fue su segundo texto.

De sus estudios de maestría en la Universidad Nacional de Colombia salieron dos libros, *La elusión constitucional, una política de evasión del control constitucional en Colombia* (Doctrina y Ley, 2006) y *Estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz* (Universidad del Rosario, Universidad de Buenos Aires, 2009). Posteriormente, y como textos integrales, publicaría también *Derecho Constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas* (Universidad del Rosario, Ibáñez 2008), *Los decretos presidenciales en el sistema normativo* (Doctrina y Ley, 2011) en coautoría con el profesor Franky Urrego, y *La acción de tutela. El amparo en Colombia* (Temis, 2011), su obra más reciente.

Manuel publica este libro sobre el control constitucional a los veintidós años de vigencia de la Constitución Política de 1991 y del establecimiento

de la Corte Constitucional en Colombia, período que se corresponde, con algunos ajustes, a las cuatro generaciones de magistrados que han estado en ese Tribunal, la primera correspondiente al período 1992-1993, la segunda al período 1993-2001, la tercera al período 2001-2009 y más recientemente, la que va de 2009 a hoy.

Durante todo ese tiempo, la Corte Constitucional trabajó arduamente, hasta construir con mayor o menor éxito, el conjunto de reglas que conforman el sistema de control constitucional vigente en Colombia hasta el año 2013, que este libro presenta, dentro de una labor ardua, documentada, difícil y constante, que le permitió a la Corporación construir un bien ganado prestigio, que esperamos no se quede en el pasado.

No obstante, es necesario decir que en la actualidad una cierta oscuridad se cierne sobre el sistema constitucional colombiano y la institución del control, en el sentido de que la Corte Constitucional, modelo de contemporaneidad, rigor y excelencia, parecería ser minada ahora desde dentro, con una extraña mezcla de neoliberalismo corporativista y de conservadurismo fundamentalista, en perjuicio de las garantías de las personas y de la integridad misma del sistema jurídico.

Cuando llegó la Corte Constitucional a Colombia, entre los muchos aires de contemporaneidad que introdujo a un sistema entonces cansado, rutinario y provinciano como el nuestro, estuvo el de la recepción de la teoría del derecho viviente, de acuerdo con la cual, la interpretación y aplicación de las normas jurídicas no puede acontecer al margen de la evolución de las sociedades y de la del propio derecho. Cuando esa teoría se introdujo, contribuyó a la dinamización del sistema, trayendo progresos alrededor de la garantía y efectividad de los derechos de las personas corrientes, llegando incluso a ser emancipadora en un escenario en el que las libertades habían sido históricamente sojuzgadas. No obstante, cabe registrar con cierto dolor que las aplicaciones de la teoría del derecho viviente vienen siendo permeadas por una lectura fiscal y corporativista del derecho, en la que las personas han pasado a segundo plano, dejando su lugar a los bancos, las empresas multinacionales, la Administración, el Ejército, los “inversionistas” y otros grupos y corporaciones de similar laya, que parecerían ser el centro de trabajo y protección en estos tiempos.

De esta manera yo, por ejemplo, registro experiencias de bipolaridad, pues de un lado tengo en mi mente las reglas de defensa que construyó el Tribunal

Constitucional durante un buen tiempo, las que van contrastando con los aires de regresión y conservadurismo que amenazan la actividad de la Corte. Dentro de esa perspectiva el libro de Manuel carga su propia bipolaridad. De un lado, reconstruye y establece las reglas vigentes en materia de control, producto del trabajo y de los mejores años de la Corte Constitucional. Del otro, amenaza con convertirse en un documento simplemente histórico, que registra la manera como los nuevos vientos en el Tribunal erosionaron con su simpleza lo que fue hecho con enorme trabajo y dedicación.

Por lo demás, encuentro en este libro de literatura jurídica escrito por Manuel lo de siempre: la regla vigente, la disciplina de quien escribe solo, en estos tiempos en que los autores le encargan “sus” textos a sus empleados o a jóvenes acuciosos, la prosa fluida y sobre todo, esa independencia espiritual que le permite hacer observaciones sin ambages ni hipocresías.

Lorenzo Beagle
París, verano de 2013

Capítulo I

Elementos dogmáticos del control de constitucionalidad

En sentido instrumental, el control de constitucionalidad es el conjunto de instituciones y procedimientos destinados a hacer efectiva la supremacía de la Constitución, a realizar su carácter normativo, a garantizar la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales de las personas dentro de un Estado, así como a permitir la realización de las reglas, principios, valores e instituciones propias del Estado constitucional democrático.

Si bien el elemento central del control de constitucionalidad está materializado en las acciones y procedimientos que permiten la real vigencia de la Constitución Política, es necesario hacer la presentación de algunos de los elementos dogmáticos de ese control, a efectos de ubicar debidamente, dentro de marcos más generales, cada uno de los mecanismos de control, que para el caso colombiano fueron fijados preferentemente en el artículo 241 de la Carta.

1. La Constitución y la supremacía constitucional

Para hablar del control constitucional es necesario hacer unas anotaciones previas alrededor de lo que es una Constitución y del principio que le es inmanente, el de supremacía constitucional, pues solo bajo el supuesto del carácter normativo de la Constitución y de su poder como norma suprema vinculante, resulta posible hablar de control. De hecho, no hay control constitucional si no se asume en serio a la Constitución como norma jurídica, es decir, como un enunciado que manda, permite o prohíbe y que tiene mayor poder y fuerza que la ley, los decretos o cualquier otra norma jurídica.

Esta sección contiene una presentación simplemente estipulativa y funcional de lo que es una Constitución, para luego proceder a una exposición analítica de lo que implica el principio de supremacía constitucional.

1.1. La Constitución Política

La idea moderna de Constitución, como se sabe, surge del proceso de “las revoluciones constitucionales”, más propiamente del proceso de independencia norteamericano y de la Revolución Francesa, siendo luego exportada a las nacientes repúblicas suramericanas, al resto del mundo occidental y finalmente y en virtud del fenómeno de la guerra, al resto del mundo. Baste para el efecto simplemente referir la imposición de constituciones en Afganistán e Irak, luego de la invasión del ejército de Estados Unidos.

Las nociones y definiciones acerca de lo que es una Constitución son abundantes y diversas, así como las clasificaciones que se han hecho alrededor de ellas. En este sentido, se suele hablar y diferenciar, de un modo superfluo y hasta inútil, entre Constitución material o Constitución formal, rígida o flexible, escrita o consuetudinaria, normativa o semántica y otras más, con categorías risibles, como la que diferencia entre constituciones cortas y constituciones extensas.

Una noción tradicional de Constitución, simplemente orgánica, que hizo carrera en Colombia y en los países de América del Sur fue la de Jellinek, quien señalaba que “Cualquier tipo de unión que pretenda perdurar precisa de un ordenamiento formado y ejecutado conforme a su voluntad, que haya delimitado su ámbito y regulado en él y para él la condición de sus miembros. Un ordenamiento de estas características se denomina Constitución. De ahí que todo Estado disponga necesariamente de una Constitución [...] ordinariamente los pueblos civilizados disponen de un ordenamiento jurídicamente reconocido y compuesto de normas jurídicas. Según lo anterior, la Constitución contiene, por regla general, las normas jurídicas que caracterizan los órganos supremos del Estado, establecen la forma de crearlos, sus relaciones recíprocas y sus áreas de influencia, además de la posición fundamental del individuo respecto al poder estatal”.¹

De esa manera, lo que fuese una Constitución quedaba reducido a una visión simplemente estatalista: la estructura del Estado, los órganos del Estado, las competencias de esos órganos y los límites de actuación de los poderes estatales. Adicionalmente, se aceptaba sin más que el Estado era el producto natural del desenvolvimiento de las fuerzas políticas en el tiempo y, asimismo, que el Estado era una unidad política completa y, lo que es peor, que correspondía a

¹ Georg Jellinek, citado por Konrad Hesse: “Constitución y derecho constitucional”, en *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 2.

los pueblos civilizados, con lo cual se descalificaba toda forma de asociación política que no fuera la estatal. Por si fuera poco, dentro de tal comprensión, los individuos como sujetos unitarios titulares de derechos no contaban seriamente, pues los derechos acontecían simplemente por gracia o concesión del poder del Estado, pero no porque los sujetos fuesen realmente titulares de ellos.

Hoy, afortunadamente, se sabe que ese concepto venerable de Constitución es tan solo parcial y, en segmentos, equivocado, y que la idea naturalista del surgimiento del Estado como simple evolución y perfeccionamiento de las asociaciones políticas es además de ingenua, equivocada, siendo enfrentada con modelos antagónicos de comprensión del Estado, como el belicista, el cual supone con buenas razones que además del proceso de centralización del poder, que caracterizó el nacimiento del Estado moderno, fue la guerra “la que permitió la aparición de una estructura institucional sofisticada que condujo al establecimiento del Estado, más allá de la existencia o no de un rey determinado. Tal condición, derivada de la práctica de la guerra, permitió que la institucionalización de la política y de las diferentes esferas de la vida social fuera mucho más directa e involucrara los ámbitos de la vida diaria”.²

Dentro de esa comprensión, a las nociones naturalistas y simplemente orgánicas de Constitución, les han sido opuestas nociones complejas y sustantivas de esta, para el caso la de Ferrajoli, que involucra la noción estructural y la noción axiológica de Constitución. Según este autor, “Constitución’ es el estatuto de una institución política consistente en un conjunto de normas sobre la producción dotadas de algún grado de efectividad, cuyo acto institutivo es el acto constituyente y que, en democracia, tiene: a) como normas de reconocimiento de la esfera pública la división de poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno a través del ejercicio de los derechos políticos y la separación de estas últimas con respecto a las funciones de garantía, b) como normas de reconocimiento de la esfera privada la producción por obra del ejercicio de los derechos civiles de las situaciones disponibles a ella pertenecientes y c) como razón social la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales estipulados como vitales por sus normas sustantivas”,³ con lo que se integran tres niveles básicos, omitidos en las versiones simples

² Carlos Patiño: *Guerra y construcción del Estado en Colombia 1810-2010*, Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2010, p. 35.

³ Luigi Ferrajoli: *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Madrid: Trotta, 2007, vol. I, p. 841.

de Constitución: un primer nivel, que corresponde a la representación política, la división de poderes, los derechos políticos y el ejercicio de las competencias estatales; un segundo nivel, relacionado con el ámbito de lo privado, la contratación, las iniciativas económicas o del capital; y en tercer término, el nivel de las garantías, el nivel de la realización de los derechos sociales e individuales.

1.2. La supremacía constitucional

Alrededor de esta se implican dos cosas: la supremacía de la Constitución como norma jurídica y la supremacía del derecho constitucional respecto de las especialidades del derecho como lo pueden ser el derecho administrativo, el civil o el comercial, etc.

Respecto del primer asunto, la supremacía de la Constitución suele ser formulada como un principio que está en la base del control constitucional, de acuerdo con el cual, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, que establece las reglas, los principios y los valores que orientan y someten al resto de ese ordenamiento. Respecto del segundo, es decir, de la primacía del derecho constitucional, bien valgan las palabras del juez Hesse, quien señalaba que “al Derecho Constitucional corresponde la primacía respecto del todo el restante Derecho interno. Esta primacía es presupuesto de la función constitucional como orden jurídico fundamental de la comunidad. De ahí que el Derecho Constitucional no pueda ser derogado ni reformado por leyes ordinarias; ninguna disposición del ordenamiento jurídico o acto estatal alguno pueden contradecirlo; todos los poderes públicos, incluso el legislativo, se hallan vinculados por la Constitución”.⁴

Una de las mejores formulaciones de la supremacía de la Constitución y de los elementos que la implican está contenida en la famosa sentencia de febrero 24 de 1803, proferida por la Suprema Corte Americana, al resolver el caso *Marbury contra Madison*, donde se dijo que:

No es tampoco inútil observar que, al declarar cual será la ley suprema del país, se menciona a la constitución en sí misma en primer lugar; y no todas las leyes de los Estados Unidos tienen esa cualidad, sino sólo aquellas que se hagan de conformidad con la Constitución.

⁴ Conrado Hesse: “Constitución y derecho constitucional”, en *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 6.

De tal modo, la terminología particular de los Estados Unidos confirma y pone de relieve el principio, que supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley contraria a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento.⁵

Este principio, allí enunciado por vía judicial, es componente normativo de numerosas constituciones. Así, por ejemplo, en la Constitución española de 1978, se establece: “Artículo 9. 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. En el caso colombiano, el principio es enunciado en una sencilla fórmula contenida en el primer inciso del artículo 4 donde se señala que “La Constitución es norma de normas. En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, en la adopción de un texto que contiene dos componentes: en el primero se señala propiamente el principio de supremacía y en el segundo se plantea lo que se denomina la *excepción de inconstitucionalidad*.

El artículo 4º es la norma más importante de la Constitución política de Colombia, siendo además la condición de posibilidad de aplicación normativa de toda la Constitución, del ejercicio del control constitucional, de la primacía de los derechos fundamentales, de la concreción del Estado social de derecho y de la vigencia del Estado constitucional democrático, es decir, del hecho de estar realmente regido por una Constitución y no simplemente por leyes o decretos.

La asunción seria de la supremacía constitucional implica que la Constitución deje de ser tomada como un texto simplemente declarativo, ideológico, programático o de proclama, como lo pretendían los publicistas franceses y sus áulicos en América del Sur, para ser contemporáneamente un texto normativo, aplicable de modo directo y exigible judicialmente, que implica cuando menos los siguientes contenidos:⁶

⁵ Joaquín Varela: *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 96.

⁶ La secuencia de los siguientes contenidos son tomados de Manuel Quinche: *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá: Temis, 2012, pp. 60-65.

1.2.1. La Constitución como norma jurídica de aplicación y de exigibilidad directa

El contenido central del principio de supremacía de la Constitución implica considerarla como una verdadera norma jurídica. Durante mucho tiempo, la enseñanza y la aplicación del derecho en Colombia no consideraron a la Constitución como una norma. Esta aparecía como una simple expresión orgánica o como una mera declaración. En consecuencia, los casos y los problemas jurídicos se resolvían al nivel de la simple ley y sin la consideración normativa de la Constitución. Análoga circunstancia acontecía en el sistema español hasta antes de la expedición de la Constitución de 1978. Según explica García de Enterría, en el pasado, “La Constitución no era una norma jurídica invocable ante los tribunales [...] La Constitución, simplemente, se repitió por todas las salas del Tribunal Supremo, no era una norma jurídica que vinculase directamente ni a los sujetos públicos ni a los privados y que, por lo tanto, los tribunales no debían siquiera consultarla para dictar sus sentencias”.⁷ Así, en ambos sistemas jurídicos, se la consideraba como un enunciado secundario, que ni resolvía los casos, ni era aplicado por los tribunales.

Esta situación ha cambiado tanto en el sistema español en como el colombiano, con las Constituciones de 1978 y 1991, respectivamente. En efecto, a partir de su vigencia, la Constitución y las normas de derecho fundamental son normas de aplicación directa que resuelven directamente los casos. Así, respecto de asuntos sensibles como los derechos de petición, salud, libertad, etc., la exigibilidad y aplicación de la Constitución ha pasado a ser la regla, donde antes era la absoluta omisión, en ejecución de una tarea señalada desde el comienzo por la Corte, indicando que “por ejemplo, una autoridad de policía al dirimir un asunto no debe consultar primero las orientaciones del alcalde, ni las previsiones de los acuerdos municipales ni las disposiciones departamentales ni las reglas de los códigos nacionales. En primer lugar, dicho funcionario debe consultar la Constitución —que es *norma normarum*—. Después —y sólo después— se debe ciertamente consultar el resto del ordenamiento”.⁸

Dos buenos ejemplos de aplicación directa de la Constitución están contenidos en las sentencias SU-039 de 1997 y C-197 de 1999. El primero está referido a los derechos de los miembros de la comunidad indígena Uwa. En

⁷ Eduardo García de Enterría: *Curso de derecho administrativo*, vol. 1, Madrid: Civitas, 2002, p. 99.

⁸ Sentencia C-131 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica n° 2.1.

este caso el fallo establece que “el juez administrativo con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de trasgresión de aquellos”.⁹ En el segundo de los casos, la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, bajo la condición de que “cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de la violación”.¹⁰

1.2.2. La Constitución como norma que somete y determina la vigencia de las otras normas

Un segundo contenido del principio de supremacía de la Constitución está relacionado con el modo de producción de todas las normas del ordenamiento jurídico. La Constitución es la norma suprema, en la medida en que ella determina los requisitos, los trámites y los procedimientos a que debe someterse la producción de las demás normas del ordenamiento, de modo tal que si durante su trámite se contraría el mandato constitucional, la norma expedida debe ser expulsada del sistema por vulnerar la Constitución. Este segundo contenido de la supremacía es enunciado por Charry, quien entiende que “la Constitución es la norma que regula la expedición y relación de todas las demás normas que comprenden el ordenamiento jurídico, indica la autoridad que la expide, el procedimiento y la materia objeto de regulación”.¹¹

Este contenido de la supremacía es determinante y constituye el fundamento de la competencia de la Corte para examinar los vicios de procedimiento en los procesos de constitucionalidad. De esta manera, si en la expedición de un acto legislativo, de una ley estatutaria u ordinaria, etc., o en la expedición de decretos con fuerza de ley, son omitidos los mandatos constitucionales sobre la formación de las normas, vulnerándose cualquiera de las reglas fundadas en los principios constitucionales del trámite legislativo, como son los de identidad, consecutividad y publicidad, entonces deberá procederse a la de-

⁹ Sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰ Sentencia C-197 de 1999, M. P. Antonio Barrera Carbonell, puntos resolutivos.

¹¹ Juan Manuel Charry: *Sistema normativo de la Constitución de 1991*, Bogotá: Temis, 1997, p. 1.

claratoria de inexecutable. Esta forma de la supremacía de la Constitución es patente en las declaratorias de inexecutable por vicios de forma. Así por ejemplo, en la sentencia C-313 de 2004, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 17 del acto legislativo n° 1 de 2003, sobre reforma política, que disponía la creación de la región administrativa para Bogotá. La Corte declaró inexecutable la norma, por vulnerar la manera como la Constitución previó la expedición de los actos legislativos, ya que “La Cámara al no debatir el artículo 17 demandado, en manera alguna reformó el proyecto de Acto Legislativo y mucho menos que haya sido su decisión política aprobar su supresión [...] En este sentido queda demostrado el exceso de la comisión accidental de incluir como artículo nuevo un precepto que no fue debatido ni aprobado en segunda vuelta por una de las Cámaras”.¹² Así, se expulsaba la norma por violar la supremacía de la Constitución, al no haber seguido las reglas previstas para la producción de dichos actos, dispuesta en los artículos 374 y siguientes de la Carta.

1.2.3. La supremacía de la Constitución como constitucionalización del derecho

El principio de supremacía de la Constitución, además de asumir a esta como norma jurídica y como la norma que señala la manera de producir las demás normas, implica adicionalmente la constitucionalización del resto del derecho, la cual opera tanto en el plano interpretativo como en el aplicativo. Este contenido de la supremacía constitucional implica un tránsito que *va de la legalización del derecho, a la constitucionalización del derecho*. En efecto, bajo el simple Estado de derecho, lo que acontecía era la legalización del derecho, es decir, que el derecho se enseñaba y se ejercía tan solo desde la ley, y por lo mismo, los casos eran resueltos por los jueces únicamente desde la ley, lo que implicaba que la propia Constitución quedara legalizada, es decir, sometida a las interpretaciones y a las aplicaciones de la ley. La asunción de la supremacía de la Constitución y su carácter normativo implican el tránsito a un modelo inverso: aquel en el que la enseñanza y la aplicación del derecho están regidas por la Constitución, donde los casos sean resueltos por los jueces, primero desde la Constitución y luego desde la ley, dentro de un proceso en el que

¹² Sentencia C-313 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas, consideración jurídica n° 6.

los asuntos legales pasan a ser constitucionalizados, es decir, mediados por la comprensión y la aplicación de la Constitución.

La constitucionalización del derecho ordinario y del derecho administrativo no es un suceso exclusivamente colombiano. Es un suceso común en el constitucionalismo occidental. Guastini refiriéndose al sistema italiano, lo describe como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”.¹³

En el sistema colombiano acontecen procesos perceptibles de constitucionalización. Baste para el caso referir en derecho laboral el proceso de constitucionalización acontecido en el régimen de las empleadas del servicio doméstico, quienes hasta antes de la Carta de 1991 eran discriminadas con derechos y prestaciones restringidas, hasta obtener hoy un régimen prestacional igualitario, en virtud de la justicia constitucional; o la referencia puntual que dentro de la misma especialidad da la Corte a la aplicación de los convenios OIT, involucrando la aplicación de los artículos 53 y 93 de la Constitución, que de acuerdo con el dicho de la Corte, “constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”;¹⁴ o como aconteció con la expedición del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), diseñado por Uribe para que la víctima no tuviera ninguna oportunidad real de actuación dentro del proceso, cuyos derechos tuvieron que ser constitucionalizados por medio de la sentencia C-209 de 2007; o en el establecimiento del juez de garantías, que es un verdadero juez constitucional, todo ello en la línea de un proceso en el que eventualmente se precise “la importancia de constitucionalizar todos los tipos de dominación social, no solo aquella que se origina en el Estado”;¹⁵ es decir, la de los colegios, la de los hogares, la de los hospitales.

Más aún, el proceso de constitucionalización es tan importante que implica al propio lenguaje jurídico, de modo tal que este pueda ser liberado de atavismos

¹³ Ricardo Guastini: “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, p. 49.

¹⁴ Sentencia T-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, consideración jurídica n° 12.

¹⁵ Sentencia SU-641 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

y prejuicios. Prueba de ello es el contenido en la sentencia T-629 de 2010 y el tránsito constitucionalmente obtenido desde la expresión “prostituta”, hasta la expresión “trabajadora sexual”, que es respetuosa de la persona y de las garantías constitucionales.¹⁶

1.2.4. La supremacía de la Constitución en el plano de la interpretación constitucional

Además del desarrollo de la supremacía de la Constitución en el plano puramente normativo, la vigencia de este principio también se da en el plano interpretativo. La cuestión tiene que ver tanto en el escenario del control abstracto de constitucionalidad, como en el del control concreto. De esta manera, si respecto de un mismo asunto se tienen interpretaciones concurrentes, unas derivadas de la legalidad, de la simple ley, o de las cortes y tribunales que conforman la jurisdicción ordinaria, la administrativa o la disciplinaria, y otras derivadas de la Constitución y de la Corte Constitucional, entonces deberá darse aplicación a estas últimas, en la medida en que “prevalecen las consideraciones fijadas por la Corte Constitucional en razón de su competencia de guarda de la supremacía de la Carta”.¹⁷

Este contenido del principio de supremacía constitucional se evidencia claramente con el caso contenido en la sentencia SU-917 de 2010, relacionado con la violación de los derechos fundamentales que ocasiona la interpretación del Consejo de Estado respecto de los servidores públicos que habiendo sido nombrados provisionalmente en cargos de carrera (mientras se realiza el concurso y se adjudica la plaza), son destituidos mediante actos administrativos sin motivación. El punto central es que para la Sección Segunda del Consejo de Estado está muy bien que se destituya a las personas sin motivar el acto administrativo, impidiéndoles así ejercer el derecho de defensa y el acceso a la administración de justicia. La Corte Constitucional examinó la manifiesta incompatibilidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado alrededor del punto, al considerar que a esa clase de funcionarios no les asiste “fuero alguno de estabilidad”, de modo tal que pueden ser retirados del servicio sin motivación alguna. La Sala señaló que la diferencia interpretativa debía ser superada para asegurar la vigencia de la igualdad, el acceso a la administración de justicia,

¹⁶ Sentencia T-629 de 2010 M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁷ Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica nº 20.

la confianza legítima, la coherencia sistémica y la seguridad jurídica. Con gran acierto puntualizó que “es necesario insistir en que lo que en realidad justifica la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales, en particular de las altas Corporaciones judiciales, es la imperiosa necesidad de que exista una interpretación unificada sobre el alcance y límites de los derechos fundamentales [...]. Sólo de esta manera se ofrece a los ciudadanos cotas mínimas de seguridad jurídica y certeza del derecho, en la medida en que razonablemente pueden anticipar cuál será la respuesta jurídica a sus actos o ante la defraudación de las conductas que el ordenamiento censura”.¹⁸

1.2.5. La supremacía de la Constitución en la excepción de inconstitucionalidad

La figura de la excepción de inconstitucionalidad será estudiada en un capítulo posterior como una de las modalidades del control concreto de constitucionalidad. No obstante, valgan aquí algunas anticipaciones.

La segunda parte del enunciado contenido en el inciso primero del artículo 4º de la Constitución establece la llamada *excepción de inconstitucionalidad*. La Corte la define como “una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”.¹⁹

Se configura cuando a la solución de un caso concreto concurren dos soluciones divergentes, una ofrecida por la ley y otra ofrecida por la Constitución. El funcionario deberá entonces *inaplicar* la ley, para aplicar directamente la Constitución. Obsérvese que la norma no es declarada inexecutable, sino que simplemente no se aplica, por resultar inconstitucional *en el caso concreto*.

Un ejemplo de excepción de inconstitucionalidad es el contenido en la sentencia T-248 de 2012, en un caso aparentemente intrascendente, pero de gran valor socio jurídico. Los hechos refieren la situación de un ciudadano que en el año 2011 se acercó a un laboratorio clínico en la ciudad de Bucaramanga con la intención de donar sangre. Antes de serle recogida la sangre, se

¹⁸ Sentencia SU-917, de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideración jurídica nº 6.2.b.

¹⁹ Sentencia T-389 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica nº 25.

le exigió llenar un formulario que contenía una encuesta donde se le preguntaba, entre otras cosas, si había tenido relaciones homosexuales. Como quiera que la respuesta fuera afirmativa, el laboratorio se negó a recibir la donación, dando como argumento la aplicación del Decreto 1571 de 1993, que prohíbe dicha donación por personas homosexuales. Dada la situación y por entender el afectado que se violaban sus derechos fundamentales, interpuso acción de tutela, que como siempre sucede, fue negada por los jueces de instancia. Seleccionado el caso por la Corte Constitucional, encontró que el Decreto 1571 de 1993 reglamentada la Ley 9ª de 1979, en lo relacionado con la recepción, manejo y tratamiento de sangre de donantes, y que a su vez el artículo 28 fijaba los requisitos para ser donante, remitiendo en el literal m) a requisitos contenidos en el *Manual de normas técnicas* a ser expedido por el Ministerio de Salud. Este, a su vez, fue implementado mediante Resolución 901 de 1996, la cual en el numeral 3.2.2. dispone que puede diferirse la donación de sangres, entre otros eventos, en los casos de “Relaciones homosexuales masculinas en los últimos 15 años” y en los de “Relaciones sexuales con las personas incluidas en los anteriores numerales o con los trabajadores sexuales”.

Ahora bien, al examinar el caso, la Corte encontró que los laboratorios tienen la obligación jurídica de realizar la prueba de VIH a la sangre donada en todos los casos, independientemente del contenido de la encuesta, y que no pueden rechazar a la personas donantes por el solo hecho de su orientación sexual, al considerarlos por ese solo hecho, sujetos de riesgo. En este sentido, el Tribunal encontró que había trato discriminatorio en contra del accionante, y procedió al amparo en atención a que “el criterio impuesto por la norma, no supera el escrutinio estricto del test de proporcionalidad, confirmándose que la orientación sexual como criterio para diferir la donación de sangre de hombres homosexuales, aparte de ser un criterio sospechoso, es constitucionalmente prohibido y susceptible de la excepción de inconstitucionalidad”.²⁰

2. El Estado constitucional como escenario de los controles y del control de constitucionalidad

El Estado constitucional es concebido como una red de múltiples controles interorgánicos y no simplemente como un conjunto de órganos que se autolimitan, como lo pensaron idílicamente los franceses. Adicionalmente, se carac-

²⁰ Sentencia T-248 de 2012 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica n° 2.7.3.6.4.

teriza por el pleno reconocimiento de los derechos de las personas, así como por el establecimiento de mecanismos eficaces de garantía de esos derechos.

Para Aragón “Sólo en el Estado constitucional la teoría del control se presenta como parte inseparable de la teoría de la Constitución, precisamente porque ambos términos, control y Constitución, se encuentran allí indisolublemente enlazados”.²¹ Esta comprensión del control ha implicado necesariamente un cambio en el entendimiento de lo que es una Constitución y, más precisamente, dejar de pensar que una Constitución es simplemente una red de poderes, como se suele derivar del empalagoso texto de La Salle,²² que ha tenido tanta acogida entre los conservadores, para entenderla mejor como una red de derechos y una red de controles sobre los poderes.

A efectos de la referencia al Estado constitucional y a los controles en él contenidos, se hace inicialmente una presentación del Estado moderno en sus características, para desde allí describir las transformaciones que dieron lugar a la idea del Estado constitucional. Se finaliza con la presentación del papel que cumple el control dentro de un Estado complejizado.²³

2.1. El Estado moderno y las regularidades en los sistemas políticos modernos que dan lugar al control

El surgimiento de los Estados modernos y sus constituciones vino acompañado por un refinamiento en las teorías genéticas, que simultáneamente con los acontecimientos (las revoluciones constitucionales), proponían distintas versiones acerca del origen de los Estados. De esta manera, las teorías contractualistas modernas superaban las toscas visiones medievales de los orígenes metafísicos del Estado, que no superaban los criterios de racionalidad y coherencia pública que se le exigen a una institución o a un sistema político moderno.

El cumplimiento de esta exigencia de racionalidad y coherencia pública de las teorías acerca del origen del Estado, puede ser entendida como la satisfacción de una serie de requisitos de carácter moral, jurídico y político,

²¹ Manuel Aragón: *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 17.

²² Fernando Lasalle: *Qué es una Constitución*, Barcelona: Ariel, 1997.

²³ Los elementos estructurales del resto de esta sección son tomados de Víctor Quinche y Manuel Quinche: *Juegos de poder y control constitucional*, ponencia presentada en el VIII Simposio Asociación Iberoamericana de Filosofía Política, Valparaíso (Chile), noviembre de 2003, sin publicar.

que implican el cumplimiento de algunas de las siguientes características y principios:²⁴

- *El principio de extensionalidad de los fundamentos.* Se trata de un supuesto compartido, según el cual, si una forma de organización estatal es plausible en una región determinada, entonces podrá ser eventualmente extendida a regiones que comparten rasgos. Se trata propiamente de la generalización a otros Estados nacionales del léxico último sobre el que se basa un Estado nacional.
- *El principio de respeto a la ciudadanía,* que supone la necesidad de satisfacción posible de las exigencias presentadas al poder, por aquellos que sean considerados ciudadanos. Se trata propiamente del fundamento de la exigibilidad de los derechos.
- *La sectorización de los poderes y sus agencias reales,* que es un rasgo tradicionalmente reconocido por el Derecho constitucional y las teorías políticas modernas, bajo el nombre de división de poderes, presente en la tradición francesa con Montesquieu y en la alemana bajo la noción de república en Kant, como principio de la racionalidad en la distribución del trabajo estatal.
- *El principio de reconocimiento de los derechos humanos o de la agencia humana,* fundado a su vez en el principio de universalidad de esos derechos. Al lado de este, el principio de ciudadanía aparecería no solo como un requisito formal de los sistemas políticos, sino también como un garante ético para la comprensión de los individuos como sujetos.
- *El principio de responsabilidad pública,* que implica la satisfacción de la exigibilidad de los deberes que asume el gobernante como representante de las voluntades. En virtud de este, la noción de agencia humana se extiende al responsable del poder, hasta su consideración como agencia responsable.
- *El principio de coherencia político-legal,* que exige el establecimiento de relaciones coherentes entre los principios de lo político, vertidos en la Constitución y en el cuerpo de las leyes. Este es un principio

²⁴ Algunos de estas características y principios son tomadas de Luigi Ferrajoli: *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

formal, por el que se asegura la no contradicción entre el sistema político y la legislación real.

- *El principio de coherencia interna de los sistemas políticos*, que supone el establecimiento de relaciones explicables entre las diversas esferas del poder real (la esfera pública, la esfera privada y más recientemente el poder de los grupos financieros y las empresas multinacionales) y las relaciones de estas esferas con los miembros de la sociedad reconocidos como ciudadanos.

Los sistemas estatales realmente existentes a partir de la consolidación de los Estados nacionales y del establecimiento de los primeros intentos de representatividad, cumplen generalmente, en mayor o menor medida, con los principios antes relacionados, y van acompañados de la formulación de teorías políticas que en principio suponen que los intereses de los miembros tienen que ser promovidos, pues no resulta plausible en términos racionales que una teoría política promueva inequidades en la repartición de los derechos.²⁵ En este sentido, el Estado moderno surge también como un sujeto que tiene que cumplir una serie de tareas morales, que se constituyen en los criterios con base en los cuales es juzgada y controlada su actuación real. Así, por ejemplo, el Estado no solo debe promover la legalidad, sino que tiene que cumplirla; no solo tiene que reconocer los derechos, sino que tiene que respetarlos, etc. Es justamente en este punto, en el del cumplimiento o incumplimiento de las tareas morales del Estado, que la teoría política puede ser leída no como una teoría estática en el tiempo, sino como una teoría de la acción, mientras que las relaciones Estado-ciudadano pueden ser leídas en sentido horizontal, como un cumplimiento mutuo de expectativas racionalmente fundadas.

En la anterior dinámica, las diversas teorías políticas, que pueden ser clasificadas en tipos específicos, van modificándose junto con los cambios que se operan en las condiciones históricamente fluctuantes de los individuos que las componen. Una situación que se deriva de esto, es que la modificación en los sistemas políticos realmente existentes (por ejemplo la monarquía o el régimen republicano) es respondida inmediatamente con modificaciones en las estrategias de legitimación teórica de los sistemas, tal y como aconteció en los comienzos de la Modernidad, en el tránsito de un modelo sólido y estable de

²⁵ Will Kimlicka: *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona: Ariel, 1995, pp. 11-18.

Estado como cuerpo inmóvil (el Estado absolutista), hacia una visión móvil del Estado, cambiante e histórico, como puede serlo el Estado francés posterior a la Revolución.

La inserción del devenir en la concepción del Estado moderno cuestiona y modifica la pretendida estabilidad ahistórica de las teorías sobre los sistemas jurídicos, que era dominante. En sentido contrario, una breve y esquemática revisión de los tránsitos operados en los modelos de Estado, en la que se sigue a Zagrebelsky y Ferrajoli²⁶ permitirá evaluar la evolución de las instituciones políticas y jurídicas, junto con las teorías descriptivas y prescriptivas que las acompañan. De esta manera y en referencia al listado de principios y características descritos inicialmente, podría derivarse la tesis según la cual, cada uno de los modelos de organización estatal requiere modelos específicos de justicia y sistemas jurídicos que se adapten a las necesidades del modelo político, lo que permitiría proponer un principio explicativo más general, que se ancla en la moralidad de la acción política, como lo es el principio de control.

2.2. Transformaciones en el Estado moderno que dieron lugar al Estado constitucional

La mayor parte de las reconstrucciones históricas del proceso de consolidación del Estado moderno establecen una secuencia racionalmente reconstruible e históricamente demostrable, dentro de una serie que iría agotando las etapas del Estado absoluto, el Estado de policía, el Estado de derecho, el Estado liberal de derecho, el Estado social de derecho y el Estado constitucional. La serie históricamente considerada tiene como razón de las modificaciones, la supresión progresiva de las arbitrariedades en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. De lo que se trata (y en este sentido la serie puede ser leída como progresión en los niveles de racionalidad y extensión posible de las prácticas) es de controlar los excesos en el ejercicio del poder, bien provengan del propio Estado, o bien de otro Estado dominante, o como ahora sucede, del mercado internacional y sus actores.

El aspecto más relevante de la serie está en el establecimiento del Estado de derecho, que constituye el elemento central del constitucionalismo liberal. Este dejó en manos del Estado la tarea de acuñar los conceptos, las

²⁶ Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil. Leyes, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 1997; Luigi Ferrajoli: *El garantismo y la filosofía del derecho*, cit.

instituciones y las estrategias de estabilización y coordinación del poder, por medio de la ley. En dicho contexto, el tránsito hacia el Estado constitucional representa la modificación de la imagen de la ley, como originada en el seno de un parlamento que delibera en representación de los ciudadanos con base en posturas racionalmente defendibles, por la imagen que representa la protección normativa de los ciudadanos respecto de los poderes y excesos del Estado.

En el caso de los Estados constitucionales, que recogen todos los puntos de vista considerados en el listado de principios presentado anteriormente, las funciones de los distintos tipos de derecho se especializan y, en una etapa de avance de la racionalidad, se llega a la formulación del Estado constitucional, como consecuencia de la crisis del modelo liberal clásico de Estado de derecho, entendido este último como un modelo de organización política que gravitaba alrededor de tres principios: legalidad, entendida como sometimiento de la conducta de los sujetos y los procedimientos a la ley; publicidad, entendida como conocimiento plural y acceso a los actos propios de la acción estatal; y control, entendido como “sujeción al control de todas las actividades estatales bajo la doble forma de control jurisdiccional de legitimidad, ejercido por jueces independientes, y de control político, ejercido por el Parlamento sobre los aparatos ejecutivo y administrativo y por los electores sobre el parlamento”,²⁷ al que en la actualidad le ha resultado necesario establecer y superponer nuevos, mejores y más fuertes niveles de control, ahora provenientes de la Constitución y el derecho constitucional, así como desde los tratados y convenciones internacionales y el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario.

Ahora bien, de un modo concurrente con la evolución histórica de los sistemas políticos, las teorías del derecho también fueron mostrando variaciones que las acomodaban a la nueva condición del material histórico. De esta manera, si las diversas formas de superposición del Estado moderno adquirirían cada vez más nuevos niveles de complejidad, de la misma manera los regímenes legales, los cuerpos normativos, las sectorizaciones posibles del derecho y sus funciones administrativas también se hacían cada vez más complejas. Este incremento en el grado de complejidad general se tradujo a su vez en el incremento en el grado de complejidad de las teorías políticas que explican esos Estados, que sustentan sus formas de acción y que dan ex-

²⁷ Luigi Ferrajoli: *El garantismo y la filosofía del derecho*, cit., p. 66.

plicaciones racionales tanto de su génesis como de su desenvolvimiento; lo que es consecuente con el grado de complejidad de los sistemas jurídicos, de las teorías jurídicas y del refinamiento de las teorías del derecho tradicionales que adaptan sus discursos naturalistas al nuevo material normativo.

Una de las ofertas de comprensión dentro de estos movimientos de la teoría, es la ofrecida por Hart,²⁸ para quien la evolución de los sistemas políticos supone la evolución de los sistemas jurídicos. En este sentido, afirma que los sistemas jurídicos propiamente modernos se han ido modificando dentro de una serie que iría del *protopositivismo* (donde estaría el modelo de Bentham y el de Mill), en el que el criterio de comprensión y aplicación de la regla se explica en virtud de los alcances de la orden y que se corresponde con los orígenes del Estado de derecho, pero aún anclado en la perspectiva monárquica que se contentaba con la organización de las normas en los códigos, al *paleopositivismo* (donde estaría el modelo de Austin y el de Kelsen), en el que la organización compleja del Estado requiere teorías jurídicas que den razón de su organización interna, donde la explicación de la regla opera desde un principio de organización cumplido por la Constitución tan solo en el nivel formal, hasta llegar finalmente al positivismo analítico,²⁹ el del propio Hart, en el que las explicaciones de los positivismos anteriores dan paso a una autosustentación de las normas en relación con la agencia humana, hasta el punto de convertir las normas en “pautas o criterios generales de conducta”, dentro de una propuesta que si bien no descansa en la función central organizadora de la Constitución como expresión de un mínimo ético que debe verse reflejado en las acciones del Estado, afirma que esas acciones deben ser controladas, tal y como lo planteaba el principio de control fijado en el Estado de derecho, tan solo que ahora entendido como control incrementado, de conformidad con el incremento de los niveles de complejidad de los sistemas políticos, de las teorías políticas, de sus sistemas jurídicos y de las teorías jurídicas que les concurren.

²⁸ Herbert Hart: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, capítulos II-IV.

²⁹ Para una presentación consistente del sistema de Hart ver, de Víctor Quinche: “Los sistemas jurídicos y la teoría del razonamiento judicial: una lectura de H. L. A. Hart”, en *Estudios Socio Jurídicos*, Bogotá: Universidad del Rosario, vol. 1, n° 2, 2003, pp. 257-275.

2.3. El papel del control en el Estado constitucional

Dentro de la variedad de cambios que se experimentan en los modelos de Estado, en los sistemas políticos, en los sistemas jurídicos y en las teorías que los sustentan, resulta indispensable el mantenimiento de uno de los principios rectores del Estado tradicional, el principio de control, por ser el que garantiza que los sistemas (en este caso, los sistemas político-jurídicos) no se autorregulen de manera simplemente formal, sino que introduzcan funciones éticas en el manejo de lo político.

Lo anterior quiere decir que si el supuesto compartido es el de la agencia humana, esto es, el reconocimiento del carácter activo de los sujetos humanos, es decir, que los sujetos actúan no solo movidos por fuerzas externas que los regulan (punto de vista externo de la ley), sino que remiten a sus concepciones de lo justo (como lo plantean Rawls y Hart, por ejemplo) y deciden autónomamente seguir al derecho, entonces la acción política podrá ser entendida de inmediato como acción moral, y no solamente como uno de los casos de acción práctica que tienen consecuencias morales. En el fondo, de lo que se trata es de sostener que las acciones de autocontrol de los individuos remiten a las acciones de control de los actos del Legislador o del Ejecutivo. Este tipo de controles, a diferencia de los individuales, se encuentran normados previamente y son establecidos por las constituciones. Ahora bien, el punto central es que esos controles deben ser respetados en cuanto funcionan como la garantía de la racionalidad, de la defendibilidad pública y de la extensión posible, de modo tal que cuando se fractura un mecanismo de control, se fractura al mismo tiempo el de la racionalidad públicamente defendible del sistema, lo cual altera tanto el desarrollo del derecho como la conservación y promoción de los derechos reales.

Este valor del control, así como el carácter indeseable de las consecuencias que trae su fractura, es compartido por la totalidad de los sistemas, con algunas diferencias de grado, hasta el punto de articular mecanismos internos nacionales de control, que van parejos a la idea de Constitución y que concurren con los mecanismos de control internacional actualmente crecientes. Sin embargo, esa necesidad del control contrasta con su ejecución, ya que en esta se dan cita concepciones mutuamente contradictorias de lo jurídico, que cohabitan en el interior de un mismo espacio (por ejemplo y bajo un mismo mecanismo de control, concurren las versiones de los naturalistas y de los positivistas axiológicos alrededor del tema de la interrupción voluntaria del

embarazo). Así, ocurre la circunstancia de concurrir de un lado argumentos que prueban que los modelos de organización estatal requieren sistemas jurídicos y modelos de justicia que se adapten a las circunstancias de quienes ejercen poder político, y de otro lado, argumentos que ponderan las diversas formas de control y específicamente el control constitucional en los casos de excesivo ejercicio del poder político, así como en los casos en los que las prácticas del poder se corresponden con imposiciones de grupos financieros, instituciones internacionales de crédito o Estados dominantes, que con sus prácticas vulnerarían el mínimo ético contenido en la Constitución.

Concretamente para el caso colombiano, se realizan prácticas institucionales y normativas que explicitan la tensión existente entre el ejercicio del poder político con violación del mínimo ético contenido en la Constitución (i) y el ejercicio del control que intenta neutralizar los excesos normativos y personales que vulneran ese mínimo ético (ii) (por ejemplo, el uso abusivo de los decretos reglamentarios por el Ejecutivo, la discriminación y la falta de regulación por sexo, el establecimiento del fuero militar para la atrocidad, los crímenes de guerra y falsos positivos, etc.), respecto de las cuales lo único que cabe esperar es el ejercicio de los mecanismos de control jurídico derivados de la Constitución y del Sistema Internacional de Protección.

3. Las modalidades del control en el Estado constitucional

El Estado constitucional y la teoría constitucional del control que le concurre, ofrecen diversas modalidades de control. A continuación se presenta su clasificación básica en un Estado constitucional, descrita por Aragón, para quien concurren los controles sociales, los controles políticos y los controles jurídicos.

3.1. Los controles sociales

Estos consisten propiamente en el control del poder desde la sociedad. “Se trata de unos controles generales y difusos, entre los que se encuentran las que Jellinek denominaba ‘garantías sociales’ como otros instrumentos de control que se manifiestan a través del juego de la opinión pública e incluso por medios no públicos de presión”.³⁰ Son controles no institucionalizados, generales y difusos.

³⁰ Manuel Aragón: *Constitución y control del poder...*, cit., p. 64.

El carácter no institucionalizado de este tipo de controles se evidencia de diferentes maneras. En primer lugar, no es un control normativizado, en el sentido de que su ejercicio puede desplegarse por distintos caminos, de distintas maneras, sin procedimientos reglados. De esta manera, la opinión acerca del poder y su ejercicio puede ser desplegada por la radio, la televisión o las redes sociales, tal y como se hace ahora. Más aún, lo reglado de este control es precisamente su protección, en la medida en que la función del Estado debe referirse a su protección y garantía, a la protección y garantía del derecho a la libertad de expresión, a la libertad de información, a la libertad de opinión, a la libertad de reunión y a la de otros derechos de similar valor. En segundo término, se trata de un control no institucionalizado y además difuso, en atención a los sujetos que lo ejercen: las personas corrientes, los medios de comunicación, los gremios y toda suerte de asociaciones ciudadanas y sujetos individuales que se convierten simplemente en veedores y controladores del ejercicio del poder público.

El ejercicio de los controles sociales es determinante en el Estado constitucional, pues su fundamento se encuentra en los derechos de libertad, legitima el poder estatal y hace realidad el principio de participación democrática como participación ciudadana en el control de lo público. No obstante, el problema se presenta cuando en un Estado el mecanismo de control visible es el social, por encima de los controles políticos y jurídicos, y las dinámicas del régimen quedan sometidas a lo que dispongan los medios de comunicación.

3.2. Los controles políticos

Aragón considera como características de los controles políticos, su carácter subjetivo y el ejercicio voluntario por parte del órgano, autoridad o sujeto de poder que lo ejerce, quien en cada caso se encuentra en posición de supremacía respecto del controlado. El ejemplo típico de los controles políticos son los controles que pueden ejercer los cuerpos colegiados de elección popular (el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales), sobre los sujetos que ejercen la función ejecutiva (el presidente y sus ministros, el gobernador y sus secretarios, el alcalde y sus secretarios).

a) El carácter subjetivo del control político

Aquí suele hacerse un contraste. Se afirma que el control jurídico tiene “carácter objetivado”, en cuanto su titular tiene que ejercerlo inevitablemente y,

además, porque resulta necesario para mantener la integridad del derecho vigente dentro de un Estado. En sentido contrario, el control político es de carácter subjetivo, puesto que quien tiene la facultad de ejercerlo puede hacer uso o no de esa facultad.

Aragón menciona cuatro índices del carácter subjetivo del control político. El primero de ellos es el de los agentes del control: quienes tienen la facultad de ejercer el control político deben tener supremacía sobre los sujetos controlados, razón por la cual se trata de un control institucionalizado, ya que la competencia y la superioridad para el control, debe estar prevista en el ordenamiento, usualmente en la Constitución. Así, el Congreso puede ejercer la moción de censura sobre los ministros, en la medida en que tiene superioridad operativa sobre aquellos en ese aspecto. En lo que tiene que ver con el objeto, el control político debe ejercerse sobre el órgano o el sujeto controlado, solo que para llegar a él, suele trabajarse sobre sus productos (por ejemplo, los decretos del presidente, los contratos de los ministros, etc.). El tercer asunto es el parámetro del control. En el control jurídico el parámetro está establecido: el derecho, las normas jurídicas, mientras que en el control político, el parámetro es “no objetivado, disponible y no necesariamente preexistente”,³¹ es decir, que como de lo que se trata es de un debate, una censura, un conjunto de observaciones, depende más de las dinámicas en que se desarrolle que de las reglas de su funcionamiento. Finalmente, se tienen los efectos del control. Cuando se trata de un control jurídico, los efectos son usual o preferentemente sancionatorios. En el control político no. Si bien en algunos casos puede tener efectos sancionatorios (la moción de censura, por ejemplo), esa no es su finalidad, pues los controles políticos buscan plantear la legitimidad o ilegitimidad de quien ejerce la función, mediante el suceso de la fiscalización del cargo o de la función asignada.

b) La voluntariedad del control político

Como ya fue establecido, el control político tiene origen en la voluntad (querer hacer control), más que en la necesidad (tener que hacer o ejercer el control). Adicionalmente, según Aragón, el control político es voluntario en dos perspectivas: en lo que tiene que ver con la “puesta en marcha” del control, pues este puede ser promovido por una persona distinta a quien lo va a efectuar, o puede

³¹ Manuel Aragón: *Constitución y control del poder...* cit., p. 112.

ejercerlo el mismo que lo promovió. De esta manera, el agente decide qué controla y cuándo controla. Un caso típico sería el de las citaciones a debate en las comisiones del Senado o de la Cámara. Un segundo rasgo del carácter voluntario del control está relacionado con la posibilidad de desistir de él, de no ejercerlo, pues bastaría con que la Comisión o la Plenaria no acompañe a quien promovió el control para que este no se realice.

3.3. Los controles jurídicos

El jurídico es un control que está regido de modo absoluto por el derecho, lo que no ocurre con los controles sociales y políticos. “En el control jurídico puede decirse que el derecho lo es todo: constituye el canon de valoración, impone un determinado tipo de razonamiento, caracteriza el agente del control, regula el procedimiento, y exige, de manera inexorable, la sanción cuando el resultado es adverso”.³² Aragón identifica cuatro características de los controles jurídicos: son ejercidos por un órgano imparcial, tienen parámetro normativo, se articulan a partir de un razonamiento jurídico y tienen efectos sancionatorios.

La primera característica, que el control jurídico es ejercido por un órgano imparcial, tiene que ver con los principios de autonomía e imparcialidad que rigen la función judicial en Colombia y en los demás países, que obliga a todos los jueces a respetar el equilibrio procesal y a tomar decisiones ajustadas a la Constitución y los derechos fundamentales. La segunda característica se refiere al parámetro normativo. El control jurídico, a diferencia del control político, no es subjetivo, sino que es objetivado. Esto significa que quien lo ejerce debe tener una competencia previamente establecida por el sistema, y además, no puede ejercerlo de cualquier manera, sino que está sometido a las reglas de procedimiento que hayan sido fijadas para su realización. Adicionalmente, como de lo que se trata es de establecer un juicio de responsabilidad por contraste, el parámetro de ese control es normativo, pues lo que se evalúa es un comportamiento respecto del derecho y no respecto de a otra persona. Como tercera característica se señala que en su ejecución consiste en un razonamiento judicial. Esta es otra consecuencia del carácter objetivado de este control. Si para el caso del control constitucional, el escrutinio se hace respecto de la Carta Política, entonces las razones de su resultado tienen que ver con interpretaciones, adjudicaciones y argumentaciones jurídicas, bien se trate de

³² Manuel Aragón: *Constitución y control del poder...* cit., p. 64.

control abstracto, o bien de control concreto. Finalmente, y por tratarse de un control jurídico, tiene carácter sancionatorio. Para el caso del control constitucional, el efecto es la declaratoria de exequibilidad o de inexecuibilidad de la norma examinada, o para el caso del control disciplinario, el resultado será la consecuencia de verificar si se actuó por dentro o por fuera del deber funcional, procediendo así a aplicar alguna sanción.

Finalmente, debe afirmarse también con Aragón que el control constitucional es la máxima expresión del control jurídico y que en su ejercicio, el control es *jurídico* por el parámetro utilizado (las normas constitucionales, los tratados públicos y las interpretaciones del tribunal constitucional) y es *jurisdiccional* por el órgano que lo ejecuta, para el caso colombiano la Corte Constitucional.

4. Los niveles del control jurídico

La historia del control de los países de América del Sur tras los procesos de independencia, la adopción de la forma republicana de gobierno y el establecimiento de constituciones políticas en sus territorios, presenta la articulación de tres niveles sucesivos y superpuestos de control jurídico que corresponden al control de legalidad, dominante durante los siglos XIX y XX, en el que el contenido normativo tan solo correspondía a la ley y los decretos presidenciales; el control de constitucionalidad, nominalmente dispuesto, pero tan solo visible durante la segunda mitad del siglo XX cuando se asume a la Constitución Política como un texto normativo; y más recientemente, el control de convencionalidad, que se plantea y se formula desde el carácter normativo de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos.

4.1. El control de legalidad

Este corresponde a la comprensión del derecho tradicional de la Modernidad, al derecho entendido simplemente desde la ley, regido por la institución de la soberanía nacional y concurrente con el dominio del principio de legalidad. En este sentido, el derecho colombiano era no solo nacional, sino incluso provinciano, en el sentido de vivir de espaldas al desarrollo y progreso de los demás sistemas jurídicos y vivir muy orgulloso de ese su encerramiento, como acontece con los espíritus provincianos.

En este escenario, ni la Constitución ni el derecho internacional tienen carácter normativo, en la medida en que el valor de los enunciados jurídicos y del derecho es reducido simplemente a la ley. La evidencia palmaria de este

modelo se encuentra en la primitiva formulación del sistema de fuentes del derecho contenida en la Ley 153 de 1887 (vigente en muchas de sus normas), especialmente en lo previsto por el artículo 8º:

Artículo 8. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Desafortunadamente redescrito un siglo después, en el inciso 1º del artículo 230 de la Constitución de 1991:

Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

En este modelo de control, el principio dominante es el de legalidad, según el cual, las actuaciones de todos los habitantes del territorio, tanto gobernantes como gobernados, quedan sometidas únicamente al imperio de la ley. De esta manera, la ley, entendida como la expresión de la voluntad general, pasa a ser el único criterio de identificación del derecho válido. Se supone que ella despersonaliza el poder, con sus características de generalidad, impersonalidad, obligatoriedad y coercibilidad.

En este modelo de supremacía de la ley, el legislador es la figura central, pues es de los representantes del pueblo de donde emana la ley. Dentro de esta comprensión acontece algo muy grave para el sistema de interpretación del derecho, y es que se instala el método genético u originalista, de acuerdo con el cual el sentido “verdadero” de las normas es el dado por su autor, y no por el usuario, como debería ser. Como bien se sabe, la interpretación originalista es la más conservadora y sacrifica, en la mayoría de los casos, los derechos de las personas.

El juez tiene una función pasiva: simplemente aplica la ley que los legisladores han promulgado. Dentro de esta comprensión, el juez es algo así como un mandadero del legislador y también del presidente, pues se limita a aplicar simplemente la ley, con independencia de la Constitución y aun de sus propios efectos. Peor incluso, de acuerdo con tal comprensión el juez no es agente de la democracia, sino un aplicador mecánico. El asunto es tan sensible que durante la vigencia permanente del estado de sitio que padeció el país

bajo la Constitución de 1886, los jueces se convirtieron en dependientes de la presidencia de la República, como acontece en cualquier dictadura.

En el espacio del simple control de legalidad, los conflictos jurídicos de toda clase se resuelven en el plano legal, con total desprecio de la Constitución y del derecho internacional. Por lo mismo, la mayoría de los países de América Latina, incluyendo a Colombia, se dedicaron a suscribir y ratificar múltiples tratados públicos sobre derechos humanos (entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sin entender cabalmente que adquirirían obligaciones jurídicas imperativas directas. Como consecuencia de lo anterior, experimentaron y experimentan sensaciones de extrañamiento cuando se declara su responsabilidad internacional, como consecuencia de la violación del derecho convencional, que en virtud del principio de legalidad, era para ellos simplemente indicativo o simbólico, pero no normativo.

Finalmente, debe mencionarse que en dicho espacio el instrumento central, el rey de los instrumentos, es el código, presentado como unidad de la ley con pretensiones de totalidad normativa, en una suerte de fetichización, especialmente sensible a los amantes del Código Civil. De esta manera, el abogado, sea juez, profesor o litigante, debe ser sobre todo un experto de la ley y del código. La cuestión es tan dramática que la enseñanza del derecho se demarca por la enseñanza y la memorización del código, en la ingenua idea de que el derecho se comprende todo en la ley y que el código es su mejor materialización.

Ferrajoli describe con acierto este nivel, identificándolo con el nacimiento del Estado legislativo de derecho: “con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido ‘puesta’ por una autoridad dotada de competencia normativa”;³³ para el caso el legislador, como autor del código, o como suele suceder en América Latina, el presidente de la República y su instrumento de legalidad: el decreto.

Este proceso de legalización del derecho es el usual y el más extendido. Tiene mucho éxito por su sencillez, inmediatez y, sobre todo, porque es el más adecuado para conservadores y fundamentalistas.

³³ Luigi Ferrajoli: “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Constitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2003, p. 16.

La prueba más contundente de la operación y los límites del control de legalidad la da la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que hasta 1991 fue la encargada de ejercer el control constitucional. En la práctica ese tribunal hizo muy pocas veces control de constitucionalidad, limitándose mejor al estrecho control de legalidad, es decir, a efectuar una lectura de la Constitución desde la simple ley y no desde la Constitución misma. Prueba de ello es la extensa gama de sentencias inhibitorias, por las que renunció a hacer el control de los tratados públicos, de las reformas constitucionales y, en particular, de las declaratorias de estado de sitio.

Ese estrecho control al que asistió el sistema colombiano durante tantos años perdura aún en vigencia de la Constitución de 1991 en la jurisdicción administrativa y el Consejo de Estado, donde la comprensión del derecho continúa anclada en los modelos de legalidad del siglo XIX. Basta observar el tratamiento que allí se da a la acción de nulidad por inconstitucionalidad o a la acción de tutela.

4.2. El control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad corresponde al conjunto de mecanismos e instituciones articuladas para la defensa de la Constitución Política y la efectividad del principio de supremacía de la Constitución.

En este plano lo que se da es la asunción del carácter normativo de la Constitución, es decir, el hecho de operar con la Constitución como una norma jurídica de aplicación directa, con mayor fuerza vinculante que la simple ley. De esta manera, al simple principio de legalidad y al control de legalidad, les son superpuestos el principio de supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad, de modo tal que las leyes y los enunciados legislativos serán aplicados solo en cuanto no contradigan la Constitución.

Ferrajoli describe la operación de este control en la concurrencia del Estado constitucional de derecho, donde “la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite a la vez que la completa”.³⁴ Más aún, la afirmación del Estado constitucional trae consigo una reformulación de la teoría jurídica del Estado de derecho y de la democracia constitucional, que

³⁴ Luigi Ferrajoli: “Pasado y futuro del Estado de derecho”, cit., p. 19.

incluye la proyección de las técnicas y las instituciones de garantía idóneas para eliminar las antinomias y las lagunas en las que se manifiesta la divergencia existente entre deber ser constitucional y realidad positiva del derecho.³⁵ Es justo en esta dimensión que tiene suceso el proceso de constitucionalización del derecho, que opera tanto en el plano interpretativo como en el aplicativo.

Este nuevo contexto del derecho implica un tránsito que va *de la legalización del derecho a su constitucionalización* y existe la tendencia a caracterizarlo con la expresión *neoconstitucionalismo*.³⁶ En efecto, en el simple Estado de derecho y su control de legalidad, lo que acontecía era la legalización del derecho, es decir, que este se enseñaba, se ejercía y se aplicaba tan solo desde la ley, lo que implicaba que la propia Constitución quedara legalizada, es decir, sometida a las interpretaciones y aplicaciones de la ley. La asunción del control de constitucionalidad y la supremacía de la Constitución implican el tránsito a un modelo inverso, en el cual los casos son primero resueltos desde la Constitución y luego desde la ley, en el interior de un proceso en el que los asuntos legales son constitucionalizados, es decir, pasan a ser mediados por la comprensión y la aplicación de la Constitución.

En este contexto tiene lugar la constitucionalización de las distintas especialidades, como pueden serlo el derecho agrario, el derecho de familia, el derecho laboral, el derecho civil, el derecho administrativo, etc. Como fue ya referido en la sección destinada a la supremacía constitucional, en el sistema colombiano y desde el control de constitucionalidad se desarrollan procesos perceptibles de constitucionalización, que en el plano del derecho privado tienen que ver, por ejemplo, con el actual régimen patrimonial de las parejas del mismo sexo³⁷ y, en general, con la constitucionalización de los derechos de ese gran grupo de colombianos que constituyen la población LGTBI, en planos concurrentes como lo son el régimen del matrimonio,³⁸ la seguridad social en

³⁵ Luigi Ferrajoli: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, cit., p. 37.

³⁶ Alrededor de este la literatura es abundante. Ver como referencia: Miguel Carbonell (Coord.): *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2003; Miguel Carbonell y Leonardo García (Coords.): *El canon neoconstitucional*, Madrid: Trotta, 2010; César Rodríguez (Coord.): *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.

³⁷ Se trata del establecimiento de estos derechos, inicialmente por medio de la sentencia C-075 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil, y la línea jurisprudencial que de allí se desprende.

³⁸ Sentencia C-577 de 2011, M. P. Eduardo Mendoza Martelo.

salud, la seguridad social en pensiones, el régimen de las trabajadoras sexuales,³⁹ la adopción y la familia entre parejas del mismo sexo.

4.3. El control de convencionalidad

Es un hecho innegable que el derecho del siglo XXI asiste a una suerte de transformaciones, que bien pueden ser caracterizadas como de “internacionalización del derecho”, en el sentido de que los derechos nacionales, los derechos locales, comienzan a ser interferidos y modificados por normas internacionales provenientes, entre otros, del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional clásico y privado. Más aún, las propias transformaciones del derecho internacional llegan incluso a ser registradas como un tránsito “del derecho internacional al derecho cosmopolita”.⁴⁰

Esto que le sucede al derecho es obviamente concurrente con otros procesos también innegables, como los de internacionalización de los procesos económicos y, muy especialmente, con lo que Held denomina la *internacionalización del proceso de elaboración de decisiones políticas*, con consecuencias sobre la noción tradicional de la soberanía estatal, así como sobre la vigencia e integridad de los derechos nacionales o locales. El autor registra en el mundo actual, el crecimiento de un tejido de regímenes y organizaciones internacionales (las organizaciones intergubernamentales, las organizaciones no gubernamentales internacionales, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Unión Europea, tan solo por vía de ejemplo) que “refleja la rápida expansión de los vínculos transnacionales, la creciente interpenetración de la política exterior y la doméstica, y el correspondiente deseo de la mayoría de los Estados de lograr cierta forma de gobierno y regulación internacional que pueda afrontar los problemas políticos colectivos”⁴¹ que reconfigura el contenido de la soberanía nacional, cuestiona la autonomía de los derechos locales y sugiere el posible advenimiento de lo que denomina *democracia cosmopolita*, concurrente con un *derecho democrático cosmopolita*.

³⁹ Ver al respecto la muy importante sentencia T-629 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁰ Luigi Ferrajoli: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, cit., p. 535.

⁴¹ David Held: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona: Paidós, 1997, p. 138.

Para el caso de la internacionalización del derecho doméstico, sucede que el derecho nacional, el derecho local, como derecho vigente, cede su lugar a la aplicación del derecho internacional, que adquiere mayor fuerza vinculante bajo la aplicación del principio de supremacía de la Convención (según la que se trate), el cual redefine la noción de legalidad y se integra al principio de supremacía constitucional.

Este proceso, que puede ser percibido en el derecho de la integración europea,⁴² en el contexto latinoamericano viene soportándose en normas como el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

Artículo 31. Regla general de interpretación.

I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Esta norma ha dado lugar al despliegue del control de convencionalidad y, adicionalmente, a las implementaciones de la teoría del derecho viviente, uno de cuyos componentes entiende que “los tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.⁴³

El control de convencionalidad es una institución perteneciente al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, implementada desde el conjunto de precedentes articulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cumplimiento de la tarea de efectivizar la vigencia, la garantía y la promoción de los derechos humanos en la región.

Se trata de una institución propiamente regional, articulada en cumplimiento de las funciones impuestas a la Corte Interamericana por los artículos 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como noción conceptual y operativa, la Corte ha dicho que el control de convencionalidad es una actividad por la cual los jueces internos de los distintos Estados partes tienen la obligación, al fallar los casos de su competencia, de

⁴² Al respecto ver, de Luca Mazzetti: “La influencia del proceso de integración europea sobre los ordenamientos constitucionales nacionales con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Bogotá: Universidad Javeriana, Temis, 2011, pp. 13-28.

⁴³ Corte IDH: opinión consultiva 016 de 1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1º de octubre, serie A, nº 16, párrafo 14.

aplicar la Convención Americana, así como las interpretaciones de la Corte Interamericana sobre esos derechos. Específicamente, la Corte ha expresado:

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁴⁴

Es en este mismo contexto que se ha dado lugar a la regla jurídica de sometimiento del derecho interno al derecho internacional, presente en numerosos tratados, de modo tal que los Estados partes en las convenciones quedan obligados a ajustar sus normas de derecho interno a las normas de derecho internacional. Este tipo de cláusulas, que no son nuevas en el derecho internacional, han cobrado eficacia recientemente con la complejización del derecho y de las teorías que lo soportan. Emblemático resulta en este contexto el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, pues ha servido de fundamento para declarar la responsabilidad internacional de diversos Estados.⁴⁵

El acontecimiento, registrado por politólogos, internacionalistas y constitucionalistas, es percibido incluso por los cultores del derecho administrativo. Así, por ejemplo, lo hace Cassagne, quien al registrar la erosión del

⁴⁴ Corte IDH: *Caso Gelman contra Uruguay*, sentencia de febrero 24 de 2011, serie C, nº 221, párr. 193.

⁴⁵ Entre los fallos más recientes resultan emblemáticas las sentencias proferidas contra México, en las que se le ordena a dicho país modificar su legislación interna en materia electoral, penal y de justicia penal militar. Al respecto pueden ser consultadas las sentencias de fondo proferidas en los casos *Castañeda Gutman contra México*, *Radilla Pacheco c. México* y *Cabrera García y Montiel Flórez c. México*.

modelo tradicional del legicentrismo en el caso argentino, y por extensión en el latinoamericano, señala que la reciente influencia europea “se proyectó fundamentalmente en tres aspectos: 1) una mayor operatividad de los principios y garantías establecidos en la Constitución con la idea de hacerlos más efectivos; la incorporación de numerosos tratados sobre derechos humanos al plexo constitucional, y 3) *el reconocimiento del principio de convencionalidad* que atribuye a los tratados una jerarquía superior a la ley...”⁴⁶ (énfasis añadido).

Hoy resulta evidente la internacionalización del derecho local, que incluye prácticas del control de convencionalidad. Las decisiones sobre interrupción voluntaria del embarazo, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, la persecución penal de los crímenes de lesa humanidad y la eliminación de las prescripciones de la acción penal, la asunción del sistema de reparación integral a las víctimas de los militares y los paramilitares, el tratamiento del derecho a la participación y el derecho fundamental a la consulta previa indígena son apenas algunos de los índices más notorios del inevitable y saludable proceso de internacionalización del derecho local.

⁴⁶ Juan Cassagne: *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 127.

Capítulo II

Elementos operativos e institucionales del control de constitucionalidad

En el capítulo anterior fueron abordados algunos de los aspectos dogmáticos del control de constitucionalidad, relacionados inicialmente con la Constitución como norma jurídica fundamental y su supremacía, y con el Estado constitucional, presentado como el escenario jurídico y político en el que tiene lugar tanto la Constitución como su defensa, por medio del establecimiento de los límites del poder y de la red de controles necesarios para el mantenimiento del régimen constitucional. Presentada la Constitución y el Estado constitucional, fueron descritas las tres modalidades básicas del control que tienen lugar en este: controles sociales, políticos y jurídicos, para finalmente desplegar los tres niveles en los que se desenvuelven los controles jurídicos: los controles de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad.

Este capítulo II ha sido destinado a los elementos operativos e institucionales del control de constitucionalidad, es decir, a la formulación de los modelos y sistemas de control constitucional adoptados en el mundo y recibidos en América del Sur, así como a la identificación del tipo de órganos que ejercen dichos controles, especialmente los tribunales constitucionales, uno de los cuales fue adoptado en Colombia con la Carta Política de 1991.

1. Los *modelos* de control constitucional y los *sistemas* de control constitucional

Aquí resulta útil reproducir la distinción que hace Amaya entre las expresiones *modelos* de control constitucional y *sistemas* de control constitucional.¹ Los primeros corresponden a los mecanismos de control nacidos originariamente bajo presupuestos históricos y filosóficos propios, que corresponden a tres modelos: el estadounidense o judicial, el político o francés y el kelseniano

¹ Jorge Amaya: *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 90.

o continental. Por otra parte, la expresión *sistema* de control atiende al tipo de aparato adoptado por los distintos países en sus ordenamientos jurídicos específicos, por creación constitucional, legal o judicial. En este sentido, un sistema (por ejemplo, el colombiano) puede adoptar uno de los modelos o fusionar dos de ellos, como suele suceder en América del Sur. A continuación se hace una referencia general a las características de cada uno de esos modelos, con la finalidad de identificar algunos de esos rasgos en el caso colombiano.

1.1. Los modelos de control constitucional

En lo que sigue se describen los elementos característicos de los modelos fundacionales de control constitucional. Se trata del modelo político, de origen francés, y del modelo jurisdiccional, que a su vez se subdivide en el modelo jurisdiccional de tribunales constitucionales, también llamado modelo kelseniano o europeo de control constitucional (concentrado), y el modelo jurisdiccional de jueces, también conocido como modelo estadounidense de control constitucional (difuso).

1.1.1. El modelo político o francés de control constitucional

Aunque lo describen los libros de texto, este no es propiamente un modelo de control constitucional, sino un simple ejercicio parlamentario, muy poco preocupado por la defensa de la Constitución. Es un modelo que descansa en la confianza en el legislador y la desconfianza en el juez, por haber estado muy cerca del rey en el Estado absolutista.

El origen de este modelo suele ser situado tras los sucesos de la Revolución francesa y el establecimiento de la representación popular en la asamblea parlamentaria, la cual se arrogó la totalidad de los poderes como fueron: la voluntad de legislar sin controles, el poder de interpretar las leyes que ella misma había producido y el supuesto control que los propios legisladores ejercían sobre lo que ellos mismos producían. “Por eso, *mutatis mutandis*, en realidad el modelo político es una manera de evitar el control de constitucionalidad”.² Fue esta, desafortunadamente, la comprensión que primero llegó a la mayoría de países de América del Sur, lo que en buena parte explica la resistencia histórica al ejercicio de los controles jurídicos, especialmente al judicial.

² Osvaldo Gozaini: *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 80.

Para el caso francés, años después, la Constitución de 1958 previó la existencia de un *conseil constitutionnel*, que no trabaja como tribunal, no establece procedimientos judiciales de actuación; simplemente ejerce control político previo sobre leyes y tratados internacionales, elucida los conflictos de competencia entre el poder Ejecutivo y el Legislativo y es juez de las elecciones. No obstante, sobre este fue introducida una reforma en el año 2008 que trajo una primera forma de control a posteriori, ampliando la cláusula de legitimación para quien desee ponerlo en operación.

Según Gozaíni, a la sombra de este modelo, en 1921 un sujeto llamado Eduardo Lambert formuló la expresión “gobierno de los jueces”, para descalificar cualquier forma de actuación judicial que no fuera primitiva y mecánica, expresión esta que ha sido acogida por los formalistas para descalificar el ejercicio del control judicial de constitucionalidad.

1.1.2. El modelo jurisdiccional kelseniano o europeo de control constitucional

La creación de este modelo de control constitucional, también llamado concentrado, se adjudica a Hans Kelsen y su idea de creación del tribunal constitucional como órgano especializado de control: “La nominación como ‘control concentrado’ proviene de la aceptación formal que destina la tarea de controlar la supremacía de la Norma Fundamental en un órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, que se sitúa fuera del aparato jurisdiccional clásico (magistratura ordinaria)”.³

La formulación de este modelo tiene lugar con la expedición de la Constitución de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920, la Constitución Federal Austríaca de octubre de 1920, la Constitución de la República Española del 9 de diciembre de 1931 y el establecimiento de sus tribunales constitucionales. Cruz, en su trabajo sobre la formación del sistema europeo de control constitucional, señala cuatro rasgos fundacionales característicos de esas tres experiencias:⁴

1. El parámetro del control constitucional es la Constitución, en cuanto norma fundamental.

³ Osvaldo Gozaíni: *Introducción al derecho procesal constitucional*, cit., p. 122.

⁴ Pedro Cruz: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 341-380.

2. El objeto del control constitucional está constituido por las leyes, sean estas emanadas del órgano legislativo central, o bien de las legislaturas estatales del sistema federal.
3. La inconstitucionalidad puede provenir tanto de la forma, es decir, de la incorrección del procedimiento legislativo, que incluye la inconstitucionalidad competencial (es decir, que el acto normativo haya sido expedido por órgano sin competencia), como del fondo, es decir, por ser la norma legal contraria a la Constitución.
4. La existencia de un tribunal constitucional especializado en asuntos constitucionales, con diferencias en el modo de conformación en cada uno de los tres casos examinados.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, este modelo será acogido por varios países: inicialmente por la Constitución italiana de 1947, que le dará competencia para decidir acerca de la constitucionalidad y legitimidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley, tanto del Estado como de las regiones, y el Tribunal Constitucional Federal alemán, nacido de la Constitución de 1948.

Una cierta aplicación del modelo europeo concentrado de control constitucional puede estar referida a la manera como quedó configurado desde 1978 el modelo español de control constitucional, de acuerdo con las tesis de la supremacía normativa de la Constitución, el establecimiento del control concentrado y la creación de un tribunal constitucional.

Los rasgos determinantes del modelo europeo en la aplicación española son:⁵ en primer lugar, se establece específicamente la jurisdicción constitucional, con el Tribunal Constitucional como su órgano supremo; en segundo lugar, se prevé que dicho tribunal sea creado directamente por la Constitución, sin caer en el error de ponerlo dentro del sistema de jurisdicciones del poder judicial; en tercer lugar, se dispone que la jurisdicción constitucional ejerza control concentrado, a diferencia del control difuso de origen norteamericano; en cuarto lugar y pese al carácter concentrado del modelo, los demás jueces y poderes públicos quedan también obligados por la Constitución. Finalmente y en quinto lugar, se destaca la amplitud de las competencias otorgadas por la

⁵ Esta secuencia es tomada de Luis López et ál.: *Derecho constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, vol. II, pp. 245-248.

Constitución española al Tribunal Constitucional, que abarca las cuestiones de inconstitucionalidad, el control previo sobre los tratados, el recurso de amparo, la solución de conflictos de competencia entre las comunidades autónomas, el control constitucional de las disposiciones de esas comunidades, el control de la distribución de poderes entre los órganos del Estado y la defensa de la jurisdicción del propio Tribunal.

1.1.3. El modelo jurisdiccional norteamericano de control constitucional

Estados Unidos fue colonia británica y, en ese sentido, el primer derecho allí aplicable fue el *common law* traído por los ingleses, cuya fuerza de aplicación estaba en los jueces. Gozaíni, citando a Capelletti, sostiene que el documento central de legalidad en las antiguas colonias inglesas en América eran las cartas coloniales, que dotaban a los jueces de la capacidad de declarar nulas e inaplicables las leyes contrarias a aquellas. Ahora bien, acontecido el proceso de independencia, a las viejas cartas coloniales les fueron superpuestas las distintas constituciones de los estados, y a estas, a su vez, la Constitución Federal de 1787, que mantuvo en los jueces el poder de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución.⁶

Ahora bien, la Constitución Americana estableció la supremacía de la Constitución y la existencia de la Suprema Corte Federal, pero no previó el mecanismo específico de control constitucional, el cual fue dispuesto años después por vía interpretativa, a partir de la sentencia proferida en el *caso Marbury contra Madison*, que afirmaría la posibilidad que tienen todos los jueces de aplicar y defender directamente la Constitución, hasta construir el sistema americano o difuso de control constitucional, también llamado modelo de revisión judicial de los actos o *judicial review*.

El sistema norteamericano no prevé la anulación de las leyes por parte del juez, pero sí su inaplicación, y a efectos de uniformizar la interpretación y aplicación del derecho, se apela a la fórmula del precedente, el *stare decisis*, el cual “opera de modo que el juzgamiento de inconstitucionalidad de la ley acaba, indirectamente, asumiendo una eficacia *erga omnes*. Conforme dice Capelletti, ‘una vez no aplicada por la *Supreme Court* por inconstitucionali-

⁶ Osvaldo Gozaíni: *Introducción al derecho procesal constitucional*, cit., p. 83.

dad, una ley americana, aunque permanezca *in the books*, es tornada *dead law*, un ley muerta”.⁷

Amaya menciona como características del modelo jurisdiccional de control difuso las siguientes: es un sistema judicial, en la medida en que la competencia para el control recae en los jueces; es un sistema difuso, porque la totalidad de los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes o los actos estatales; es un control incidental, pues nace y se desarrolla en el seno de un proceso judicial concreto; rige la noción de “causa”, pues los jueces tan solo pueden pronunciarse con ocasión del ejercicio de su competencia concreta; los jueces se pronuncian solamente a petición de las partes en el proceso, que además deben acreditar un interés legítimo; el control se limita a cuestiones de contenido jurídico y no político; la sentencia judicial es el vehículo de manifestación de la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del acto normativo, y aunque esta tiene efectos *inter partes*, la vinculatoriedad del acto se extiende en virtud de los efectos del precedente judicial; y finalmente, la sentencia es de carácter declarativo.

Kelsen, ya desde el comienzo, señalaba respecto de este modelo, una característica central que permite la consistencia del sistema americano de control difuso, al decir que: “En la medida en que los tribunales norteamericanos se consideran atados a las sentencias de la Corte Suprema, una decisión de esta Corte negándose a aplicar una ley en un caso concreto por ser inconstitucional, tiene prácticamente el mismo efecto que la anulación general de la ley”.⁸

1.2. Los sistemas de control constitucional

Para el caso de América Latina y tras el período de las dictaduras, la década de los ochenta y los años posteriores vieron el surgimiento de nuevas constituciones, así como de los primeros intentos por establecer el carácter normativo de la Constitución. Esto sucedió de muy diversas maneras, de conformidad con el desarrollo de variados modos de recepción del modelo difuso norteamericano, en escenarios tradicionalmente dominados por el Código Civil, donde concurrió además la llegada del modelo concentrado de control con tribunal

⁷ Jorge Amaya: *Control de constitucionalidad*, cit., p. 93.

⁸ Hans Kelsen: “El control de constitucionalidad de las leyes”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México: Porrúa, 2009, pp. 5-17.

constitucional, así como el suceso de las sentencias y opiniones consultivas del Sistema Interamericano de Protección.

De esta manera y como consecuencia de todo lo anterior, en América de Sur se establecieron diversos sistemas de control de constitucionalidad, la mayoría de ellos “mixtos”, con tendencia al establecimiento de tribunales constitucionales, concurrentes con distintos órganos de control, a los cuales Nogueira clasifica de la siguiente manera:⁹

- i. Sistema judicial difuso, presente en Argentina.
- ii. Sistema judicial concentrado en Corte Suprema, presente en Uruguay.
- iii. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema y en su Sala Constitucional, como ocurre en Paraguay.
- iv. Dos sistemas mixtos:
 - Sistema de control judicial difuso y control concentrado en Tribunal Supremo, como acontece en Brasil.
 - Sistema de control judicial difuso y control concentrado en Tribunal Constitucional, como es el caso de Bolivia y Colombia.
- v. Sistema de control de constitucionalidad dualista, dispuesto en Perú y Ecuador.
- vi. Sistema de doble control concentrado de constitucionalidad, como acontece en Chile.

En el caso de Argentina, que es un Estado federal, Amaya señala que se trata de un sistema de control judicial y difuso, en la medida en que la tarea del control está en cabeza de todos los miembros del poder judicial, de modo tal que cualquier juez de cualquier jurisdicción está en la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad sobre los actos de los poderes públicos. Orgánicamente, dicho sistema cuenta con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tiene competencia originaria en virtud del artículo 117 de la Constitución por apelación ordinaria y extraordinaria, cuyas reglas jurisprudenciales tienen efecto vinculante.

Perú, por su parte, presenta el modelo dual o paralelo, que “es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexis-

⁹ Humberto Nogueira: “Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur”, en *Ius et Praxis*, Talca, 2002, vol. 8, no 2.

ten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse”.¹⁰ El modelo fue dispuesto por la Constitución de 1979, la cual estableció el control difuso al señalar que todo juez debía proceder a la aplicación de la Constitución, lo que hacía por inaplicación, así como por medio del *habeas corpus* y de la acción de amparo; pero a la vez creó por fuera del poder judicial el Tribunal de Garantías Constitucionales, para que ejerciera el control concentrado, dándole el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes* en sus sentencias. Posteriormente, vendría la Constitución de 1993, que mantendría el sistema, cambiando la denominación del Tribunal de Garantías Constitucionales por la de Tribunal Constitucional.

Como se verá a continuación, en el caso colombiano fue establecido un sistema de control mixto, que combina elementos del sistema concentrado y del sistema difuso, también llamado “híbrido”, por otorgar competencia objetiva tanto para control abstracto, como para control concreto, a más de un órgano. En opinión de Velandia, el colombiano es un sistema híbrido,¹¹ donde a pesar de haberse establecido una Corte Constitucional, simultáneamente se asignó competencia específica al Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, y a todos los jueces y funcionarios para implicar la ley y aplicar directamente la Constitución en casos concretos.

2. El órgano titular del ejercicio del control jurídico constitucional

Desde la segunda mitad del siglo xx y a propósito de la expedición de las “constituciones de posguerra”, los sistemas jurídicos estatales vienen trabajando de acuerdo con la tesis del carácter normativo de la Constitución, es decir, que al lado de la simple nominación retórica del principio de supremacía constitucional, han sido articulados una serie de instrumentos, mecanismos y acciones que permiten hacer efectivo el carácter normativo de la Constitución, de modo tal que el texto de la Carta Política mande, permita, prohíba y, sobre todo, obligue.

Este carácter normativo de la Constitución es toda una novedad en América del Sur y despierta gran resistencia entre los sectores más conservadores

¹⁰ Domingo García: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Temis, 2001, p. 133.

¹¹ Eduardo Velandia: “El control incidental de constitucionalidad en un modelo mixto de origen dual o paralelo”, en *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 133.

de los distintos Estados, donde se incluyen paleopositivistas y naturalistas de toda laya, primitivamente anclados en el principio de legalidad, siempre resistentes a la supremacía de la Constitución, a su carácter normativo y, más recientemente, al carácter normativo de los tratados públicos, en especial los relacionados con los derechos humanos.

La necesidad de defensa de la Constitución y de su carácter normativo hizo que fueran creados órganos especializados en esas tareas. En el pasado, cuando la Constitución era simplemente orgánica y no tenía valor normativo, su defensa fue encomendada a las cortes supremas de justicia o a sus equivalentes, los tribunales supremos de justicia, quienes en su mayoría no solo no defendieron cabalmente la Constitución, sino que siguieron ocupados de los asuntos civiles, penales, laborales o administrativos, que constituyen la labor diaria de sus competencias. En sentido contrario y desde la segunda mitad del siglo xx, fue planteada la necesidad de establecer tribunales especializados de justicia constitucional, a efecto de que mediante el ejercicio del control constitucional y sus mecanismos, fuese asegurada la supremacía de la Constitución, su vigencia y la defensa de su carácter normativo.

A continuación se describen los órganos articulados para la defensa de la Constitución en América del Sur, se tematiza la institución del tribunal constitucional y se aborda la Corte Constitucional de Colombia, como el órgano especializado del control constitucional en el país.

2.1. Los controles difuso y concentrado y los órganos encargados del control constitucional en América del Sur

La determinación del órgano o de los órganos que ejercen el control constitucional jurisdiccional depende del modelo de control que haya sido adoptado. Tradicionalmente, se hace la distinción entre el modelo de control *difuso*, de origen norteamericano, y el modelo de control *concentrado*, de origen europeo. Sin embargo, dicha clasificación en América del Sur se despliega a modo de una mixtura entre ambos modelos, tanto así que para el caso colombiano, la Corte Constitucional habla de la articulación de un modelo mixto de control constitucional, señalando puntualmente que “el sistema de control adoptado en Colombia es mixto en la medida en que combina elementos del sistema difuso y del sistema concentrado”.¹²

¹² Auto 071 de febrero 27 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. En idéntico sentido, las

Como se mencionó previamente, el control difuso de constitucionalidad es de origen norteamericano y dispone que la defensa y el control de la Constitución está a cargo de todos los despachos judiciales, los cuales sin importar su jerarquía en el sistema, fiscalizan la vigencia de la Constitución. En referencia a su recepción en América del Sur, Gozaíni advierte un desajuste metodológico, ya que en estos países opera un sistema judicial articulado de modo diverso y, sobre todo, con un juez distinto, en el que desafortunadamente perviven concepciones arcaicas y resabiadas del positivismo jurídico que se creen inmutables.

El segundo modelo es el del control concentrado de constitucionalidad. Se trata de un sistema creado en Europa, en el que el control lo realiza un único órgano especializado, al que se denomina tribunal constitucional. Son cuatro las experiencias modélicas en Europa de creación y aplicación de un tribunal constitucional: el Tribunal Constitucional de Austria, establecido con la Constitución de 1920, posteriormente perfeccionado en 1929; el Tribunal Constitucional de Italia, creado por la Constitución de 1947; el Tribunal Constitucional Federal alemán, establecido en 1948, y el Tribunal Constitucional de España, con dos momentos de aplicación, el inicial, en 1931, como tribunal de garantías constitucionales, y el posterior, dispuesto por la Constitución de 1978. Como antes se mencionó, la historia reciente del constitucionalismo en la región registra la conformación de tribunales constitucionales. Esto será tratado a continuación.

2.2. El tribunal constitucional como órgano de control constitucional en América del Sur

Louis Favoreau ofrece una noción de este tipo de instituciones, al entender que “un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos”.¹³ Según este autor, la historia de dichos tribunales puede ser dividida en tres etapas, que coinciden con los momentos de expansión inicial en Europa, luego extendida al continente asiático y a América Latina.

sentencias C-836 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, y SU-1219 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n° 7.1.

¹³ Louis Favoreau: *Los tribunales constitucionales*, Barcelona: Ariel, 1994.

En todos los casos, la recepción es referida a los intentos de establecer un Estado constitucional democrático en los distintos países.

La primera etapa iría de 1920 a la Segunda Guerra Mundial, con tres momentos decisivos: el nacimiento del Alto Tribunal Constitucional de Austria, fundado en el proyecto kelseniano vertido en la Constitución de Austria del 1º de octubre de 1920; el Tribunal Constitucional checoslovaco, creado por la Constitución del 29 de febrero de 1920, y el Tribunal de Garantías Electorales, creado en España por la Constitución de 1931, que fue abolido por la dictadura militar de Francisco Franco. El segundo momento, citado como el más importante, es posterior a la Segunda Guerra Mundial. Evidenciado el fracaso del modelo estatalista en virtud de la guerra, los antiguos Estados fascistas fueron reconfigurados como Estados constitucionales y como Estados sociales de derecho, reivindicando la supremacía y el valor normativo de la Constitución y el control estricto de constitucionalidad. Así, en 1945 Austria estableció su Tribunal Constitucional, en 1948 se creó el Tribunal Constitucional italiano y en 1949 el Tribunal Constitucional alemán. La figura aparecería en Turquía en 1961 y en Yugoslavia en 1963. La tercera etapa se iniciaría en los años setenta, durante los cuales la institución se expandió por varios países de Europa, llegando a los Estados antiguos miembros de la Unión Soviética. Destacan en este caso la creación del Tribunal Constitucional portugués en 1976 y la del Tribunal Constitucional español, surgido de la Constitución de 1978, siendo este último uno de los referentes más importantes del constitucionalismo colombiano actual.

En la fase actual de expansión y despliegue están presentes los tribunales constitucionales en países que experimentan una gran expansión económica, como la República de Sudáfrica y la India, así como en países musulmanes como Turquía y Egipto. Según Favoreau, en comparación con sus antecesoras, las cortes de casación, los tribunales constitucionales ofrecen cuatro características propias:

- Son instaurados en países donde se da la dualidad o pluralidad de jurisdicciones, y no la unidad total de jurisdicción como ocurre en Estados Unidos. En el caso colombiano hay pluralidad de jurisdicciones (ordinaria, administrativa, disciplinaria, indígena, de paz) y establecimiento de la jurisdicción constitucional.
- Son completamente independientes, hasta el punto de ser puestos fuera del sistema de jurisdicciones. Así acontece, específicamente, en los casos alemán y español. En Colombia, si bien fueron establecidas

la independencia funcional y la autonomía de la Corte Constitucional, esta fue ubicada dentro del sistema general de jurisdicción.

- Ejercen el monopolio de la justicia constitucional y son los órganos de cierre del sistema jurídico. Por lo mismo, en materia constitucional, sus competencias son privativas y supremas, tanto en el control abstracto de constitucionalidad (el ejercido sobre normas, como los actos legislativos, las leyes, los decretos de contenido legislativo) como en los casos de control concreto de constitucionalidad (el ejercido por acción de tutela y excepción de inconstitucionalidad). De esta manera, sus decisiones obligan a la totalidad de los operadores jurídicos.
- No eligen a sus miembros por cooptación, ni tampoco son estos magistrados de carrera. Un problema estructural de la justicia constitucional ha consistido, tanto en Europa como en Colombia, en la presencia de los “magistrados de carrera”, elegidos por cooptación, ejerciendo control constitucional. Su presencia se ha traducido siempre en quietismo, control constitucional débil y tolerancia al autoritarismo. En sentido contrario, los tribunales constitucionales mediante sus sistemas de elección, intentan dar cabida a académicos, litigantes, funcionarios, e incluso a los simples ciudadanos, con el objeto de que la Constitución le pertenezca a todos y no a quienes han pasado su vida en los límites de acción y de comprensión de la judicatura.

La recepción de los tribunales constitucionales en América Latina es referida inicialmente por Fix Zamudio, quien presenta el panorama de los años noventa, haciendo mención de “el establecimiento de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1965-1985); del Tribunal de Garantías Constitucional de Ecuador (1978-1983); del Tribunal Peruano de Garantías Constitucionales (1979), ahora Tribunal Constitucional en la Carta de 1993; la transformación de la Suprema Corte de Justicia de México, pero conservando su nombre, en un tribunal constitucional por medio de las reformas constitucionales de 1987 y 1994; de la Corte Constitucional colombiana (1991) y del Tribunal Constitucional de Bolivia (1994). Además, debe destacarse la creación de las Salas constitucionales autónomas en las Cortes Supremas de El Salvador

(1983-1991); Costa Rica (reforma constitucional de 1989); Paraguay (1992) y Ecuador (reforma de 1993)".¹⁴

2.3. El establecimiento de la jurisdicción constitucional y de un tribunal constitucional en Colombia

Con la expedición de la Constitución de 1991 tuvo lugar una profunda modificación del sistema constitucional colombiano, en la medida en que al viejo esquema integrado por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, le fueron introducidas tres nuevas instituciones con funciones especializadas: la Corte Constitucional (art. 241 C.P.), como órgano de cierre de la totalidad del sistema jurídico; la Fiscalía General de la Nación (art. 250 C.P.), como órgano encargado de llevar a cabo el ejercicio de la acción penal e investigar la realización de hechos punibles; y el Consejo Superior de la Judicatura (arts. 254-256 C.P.), como órgano límite del ejercicio de la jurisdicción disciplinaria.

En lo que tiene que ver concretamente con el control, el hecho significativo está en el establecimiento por primera vez en el país, de la jurisdicción constitucional y de su órgano especializado, la Corte Constitucional.

Como punto de partida, bien valga referir la distinción que debe existir entre *justicia* constitucional y *jurisdicción* constitucional. Inicialmente, Gozaíni refiere que la justicia constitucional atiende al valor de la decisión judicial, mientras que la jurisdicción remite al órgano que resuelve. Más precisamente, "la *jurisdicción constitucional* es el estudio del órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los derechos humanos (como norma fundamental), la supremacía constitucional y el cumplimiento de las pautas mínimas que regulan los procedimientos constitucionales",¹⁵ mientras que la *justicia constitucional* se refiere a la fuerza normativa de la Constitución, relacionada con las técnicas de defensa que permiten asegurar su integridad y supremacía.

La Constitución de 1991 dispuso la creación de la jurisdicción constitucional en el capítulo 4 de su título VIII, destinado a la función judicial. Allí, en los artículos 239 a 245, se disponen las reglas de establecimiento de la Corte Constitucional, el número y las calidades de sus miembros, las funciones y competencias de la Corporación, las reglas generales que informarán sus

¹⁴ Héctor Fix Zamudio: *Los tribunales y las constitucionales en América Latina*, en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/188/6.pdf>>, consultado el 9 de mayo de 2013.

¹⁵ Osvaldo Gozaíni: *Introducción al derecho procesal constitucional*, cit., p. 74.

procedimientos, la calidad de cosa juzgada de sus fallos y algunas precisiones secundarias acerca dicho órgano y sus miembros.

La dimensión, organización y funcionamiento de la jurisdicción constitucional es realmente desarrollada por la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, que en su artículo 43 determina su estructura:

Artículo 43. Estructura de la jurisdicción constitucional. La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política. El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.

Lo anterior implica que al conocer de una acción constitucional (inconstitucionalidad, tutela, cumplimiento, popular, de grupo, hábeas corpus o pérdida de investidura), los jueces no actúan como jueces jurisdiccionales específicos, sino como jueces constitucionales. De esta manera, se establecía la nueva jurisdicción, a la vez que se le asignaba a la Corte Constitucional la función de ser el órgano judicial de cierre en Colombia.

3. La Corte Constitucional de Colombia

La Constitución de 1991, acogiendo una tendencia desarrollada en Europa a partir de los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, dispuso el funcionamiento de un tribunal especializado encargado de la guarda y la supremacía de la Constitución. A dicho organismo se lo denominó Corte Constitucional. Su marco normativo está conformado por el capítulo 4 del título VIII, artículos 239 a 245 de la Constitución Política; La Ley 270 de 1996, *Estatutaria de la administración de justicia*, artículos 43 a 49; el Decreto 2067 de 1991, *Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*; y el Acuerdo 05 de 1992, por el cual se unifica el Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

De acuerdo con el artículo 239 de la Constitución, “*La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley*”. Ese número fue fijado por el artículo 317 de la Ley 5ª de 1992, Orgánica del Congreso, que dispuso un total de nueve magistrados como integrantes de la Sala Plena.

El mismo artículo 239 dispuso que el período de los magistrados en el cargo es de ocho años y prohíbe su reelección. Igualmente, estableció un sistema mixto de elección, consistente en ternas. De esta manera, el presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia postulan cada uno de ellos tres ternas de candidatos, debiendo el Senado escoger uno de cada terna, hasta conformar los nueve magistrados que integran la Corte. Al igual que las demás corporaciones, la Corte Constitucional está conformada por salas:

- La Sala Plena, integrada por nueve magistrados, que conoce de las acciones de inconstitucionalidad y de los asuntos de tutela que son llevados para fallo de unificación.
- Las salas de revisión de tutelas, cuyo número es de nueve, conformadas por tres magistrados, que conocen de los fallos de tutela proferidos por los distintos despachos judiciales y que han sido seleccionados para revisión.
- La Sala de Selección de Tutelas, conformada por dos magistrados, que se encarga de seleccionar los fallos de tutela que serán llevados a las salas de revisión.

En el plano funcional, el artículo 241 de la Carta le asignó a la Corte Constitucional como tarea “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad, supliendo en dicha función a la Corte de Casación, llamada en Colombia Corte Suprema de Justicia, la que se supone había ejercido esa función hasta el año 1991.

El establecimiento y la operación inicial de la Corte Constitucional fueron dispuestos por el artículo 22 transitorio de la Constitución, que señaló la articulación de una primera corte conformada por siete magistrados para un período inicial de un año, quienes asumieron funciones el 17 de febrero de 1992:

Artículo transitorio 22. Mientras la ley no fije otro número, la primera Corte Constitucional estará integrada por siete magistrados que serán designados para un período de un año así:

Dos por el Presidente de la República
Uno por la Corte Suprema de Justicia
Uno por el Consejo de Estado
Uno por el Procurador General de la Nación
Los magistrados así elegidos designarán los dos restantes, de ternas
que presentará el Presidente de la República...

El primer grupo de magistrados elegidos estuvo conformado por los abogados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein, quienes ejercieron el cargo durante un año y fundaron parte de las líneas jurisprudenciales que aún siguen en proceso de consolidación y desarrollo. Algunos observadores¹⁶ plantearon la existencia de dos bloques decisionales en esta primera Corte, el primero conformado por cuatro magistrados conservadores y formalistas, que habían sido anteriormente magistrados titulares o auxiliares de la antigua Corte Suprema de Justicia (Hernández, Morón, Sanín y Rodríguez), y un segundo bloque de tres magistrados, de tendencia progresista (Angarita, Cifuentes, Martínez), quienes fijaron una línea fuerte en defensa del carácter normativo de la Constitución y de los derechos fundamentales, especialmente visible en temas difíciles como el ejercicio y la defensa de la acción de tutela, la tutela contra sentencias, el hábeas data, la objeción de conciencia en el servicio militar y otros, hoy genéricamente comprendidos dentro de la expresión “constitucionalismo social”.

Posteriormente y por medio de la Ley 5ª de 1992, el número de magistrados aumentó a nueve, reafirmando el período de ocho años en el cargo y señalando las fechas de elección y posesión:

Artículo 317. Composición. La Corte Constitucional estará integrada por nueve (9) magistrados.

Artículo 319. Período. Los magistrados de la Corte Constitucional tendrán períodos individuales de ocho (8) años.

¹⁶ Observatorio de la Justicia Constitucional. *La Corte Constitucional. El año de la consolidación*, Bogotá: Universidad de Los Andes, Siglo del Hombre, 1998.

La primera elección se hará el primero (1º) de diciembre de 1992 y su período se iniciará el primero (1º) de marzo del año siguiente.

Como miembros de la nueva Corte y para el período 1993-2001 fueron reelegidos los abogados Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz. Como nuevos miembros fueron elegidos los abogados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa, siendo posteriormente reemplazados los jueces Arango y Herrera por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis.

Transcurrido el período de esa segunda Corte, fueron elegidos para el período 2001-2009 siete nuevos magistrados: los abogados Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas. Durante el período renunciaría al cargo el juez Montealegre, siendo reemplazado por el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto. La mayoría de estos jueces terminaron su período el 1º de marzo de 2009, dando lugar a una nueva generación de la Corte, integrada además del juez Sierra, por los jueces Nilson Pinilla Pinilla, Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Pretelt Chaljub, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

Por lo demás y en los términos de la propia Corporación, la jurisdicción constitucional y la labor de la Corte “no es consecuencia de un simple capricho jurídico o académico, sino básicamente la evolución de procesos políticos y necesidades sociales específicas, que han encontrado en ella el mecanismo de afianzamiento de una nueva forma de Estado de libertad, o el dispositivo de perfeccionamiento jurídico de una democracia consolidada. Por su intermedio se busca conformar un sistema de defensa de la Constitución, impidiendo que la violación directa de la misma o el desconocimiento de sus reglas pase inadvertido o quede sin explicación alguna”.¹⁷

¹⁷ Auto 10 de febrero 17 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica n° 2.1.5.

4. Historia del control jurídico en Colombia¹⁸

Algo que debe ser dicho es que los conservadores siempre han sido enemigos del control, y muy especialmente enemigos del control jurídico. Esos sujetos históricamente han preferido el poder y despreciado o minimizado los derechos, lo que se traduce en la inexistencia de controles durante el mandato de los conservadores, o en el ejercicio avaro de controles de mínima intensidad. El desarrollo del control jurídico en Colombia evidencia esa constante y puede ser presentado en cinco segmentos que irían, inicialmente, del nacimiento de la República hasta la expedición de la Constitución de 1853; el segundo segmento correspondería al período radical y abarcaría de 1853 hasta la expedición de la Constitución de 1886; la tercera etapa, nuevamente conservadora, con supresión del control jurídico, va de 1886 a 1910, momento en el cual se da lugar a la cuarta etapa del control, marcada por el establecimiento de la acción pública de inconstitucionalidad en 1910, que iría hasta 1991 cuando es expedida la Constitución de ese año. Finalmente, se tiene el período actual, caracterizado por el establecimiento de la Corte Constitucional y el ejercicio de lo que algunos caracterizan como control estricto de constitucionalidad.

4.1. El período inicial de inexistencia de control jurídico

La primera etapa de la vida republicana está marcada por la inexistencia del control constitucional. En este sentido, las constituciones entre 1821 a 1843 establecieron un control simplemente político y de baja intensidad a cargo del Congreso de la República, que a lo sumo llegó a expedir leyes interpretativas para determinar el alcance de las normas constitucionales. En este contexto y como bien lo señala Dueñas, “no había ningún control constitucional y la interpretación constitucional quedaba castrada al permanecer en manos del Congreso”.¹⁹

La norma de referencia fue el artículo 189 de la Constitución de 1821, reproducido con mayor o menor fidelidad en las constituciones de 1830, 1832 y 1843. Así, la norma establecida en la Constitución de Cúcuta señalaba:

Artículo 189. El Congreso podrá resolver cualquiera duda que ocurra sobre la inteligencia de algunos artículos de esta Constitución.

¹⁸ Los artículos de las distintas constituciones expedidas en Colombia son tomados de Carlos Restrepo: *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

¹⁹ Óscar Dueñas: *Control constitucional*, Bogotá: Librería del Profesional, 1997, p. 127.

4.2. El nacimiento del control jurídico con los liberales radicales

En Colombia, la Constitución de 1853 dio lugar al nacimiento del control jurídico constitucional. No obstante, la previsión constitucional contó con antecedentes legislativos, acontecidos en vigencia de la Constitución de 1843, registrados por Malagón. Se trata del establecimiento de lo que este llama el “modelo judicialista”, por el que a la Corte Suprema de Justicia le fueron atribuidas competencias de anulación de los actos administrativos de carácter general.

De acuerdo con ese autor, el control judicial de los actos administrativos de carácter general fue establecido mediante el ejercicio de acción pública, por medio de las siguientes leyes:²⁰

- La Ley del 22 de junio de 1848, la cual dispuso en su artículo 23 que las ordenanzas de las cámaras provinciales podían ser acusadas ante la Corte Suprema de Justicia por un funcionario público (allí se habla del “respectivo”) o por un particular.
- La Ley del 22 de junio de 1850, que además de ratificar la competencia de la Corte Suprema para anular las ordenanzas de las cámaras provinciales, amplió el alcance de la acción pública a los actos de los cabildos municipales, de modo tal que todo ciudadano podía pedir la anulación, por razones de ilegalidad o de inconstitucionalidad de las ordenanzas provinciales o de los acuerdos municipales.
- La Ley de 2 de junio de 1851, la cual en su artículo 21 precisó que “Toda ordenanza, acuerdo o acto de las Cámaras de provincia o cabildos parroquiales que sea contrario a la Constitución o leyes, es anulable por la Corte Suprema de Justicia o Tribunal del Distrito, en su caso; siempre que no tenga por objeto el nombramiento o elección de algún funcionario público, de los que corresponde hacer”.

En el plano constitucional, el registro corresponde a la expedición de la Constitución de 1853, que en el artículo 42 estableció las competencias de la Corte Suprema de Justicia, entre las que estaba prevista la posibilidad de anular las ordenanzas municipales por ser contrarias a la Constitución. La norma establecía:

²⁰ Miguel Malagón: *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*, Bogotá: Universidad de Los Andes, 2012, pp. 132-138.

Artículo 42. La Suprema Corte de la Nación se compone de tres magistrados elegidos popularmente en propiedad y por el término de cuatro años, y nombrados en las faltas temporales por el poder ejecutivo. Corresponde a la Suprema Corte de la Nación:

[...]

6. Resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República.

Para Dueñas, “no hay pues la menor duda de que fueron los radicales quienes instauraron el control de constitucionalidad en Colombia porque necesitaban de una seguridad normativa para consolidar un proyecto económico anticolonial”²¹ y, además, el establecimiento del control por vía constitucional correspondía a una necesidad específica: la del paso de la economía colonial, que bajo el régimen de la hacienda, mantenía el esclavismo y las formas de producción y de relación establecidas por los españoles, hacia un nuevo modelo económico, que aspiraba por primar vez, al establecimiento de formas industriales.

En concreto, la cuestión consistía en establecer controles jurídicos a las decisiones que pudiesen tomar las asambleas provinciales, de modo tal que sus decisiones administrativas y económicas fuesen compatibles con el modelo económico que se quería instaurar. El supuesto de todo ello era el fortalecimiento que de las provincias había hecho la Carta de 1853, en la medida en que sus artículos 48, 51 y 53 habían establecido “el poder direccional de cada provincia para dotarse de su propia organización, régimen y administración interior, sin invadir los asuntos de competencia del gobierno general, respecto de los cuales era imprescindible y absoluta la obligación de conformarse a lo que sobre ellos disponían la constitución y las leyes, y para regir su orden jurídico interno mediante la expedición de una constitución propia, lo cual posibilitó la consolidación autónoma y soberana de ellas”.²²

Como se sabe, la vida de la Constitución de 1853 fue muy corta, siendo derogada por la Constitución de 1858 y, finalmente, por la Carta de 1863, que estableció de modo definitivo el sistema federal en Colombia, conservando eso sí el control dispuesto en 1853. La norma de referencia es el artículo 72 de la Constitución de Rionegro:

²¹ Óscar Dueñas: *Control constitucional*, cit., p. 138.

²² Miguel Borja: *Estado, sociedad y ordenamiento territorial en Colombia*, Bogotá: IEPRI, CEREC, 2000, p. 35.

Artículo 72. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del procurador general o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que este decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos.

Este sistema se mantendría hasta el año 1886 cuando el conservador Rafael Núñez, quien había sido elegido presidente por el Partido Liberal, suprimiría en compañía de otros dos conservadores, Miguel Antonio Caro y Carlos Holguín, toda forma de control constitucional en Colombia.

4.3. La supresión del control constitucional por los conservadores entre 1886 y 1910

Como se describe en los libros de texto, en el año 1886 de modo unilateral y por la fuerza, Rafael Núñez dio por terminada la vigencia de la Constitución de 1886 y convocó un colegio constituyente conformado solo por conservadores, que daría lugar a la Constitución de 1886, la más conservadora, excluyente y represiva de las cartas políticas expedidas en Colombia, que desembocaría en la pérdida de Panamá y en dos guerras civiles, la de 1895 y la más notoria y extensa, la guerra de los Mil Días, entre 1899 y 1902.

El control jurídico fue mínimo o inexistente en la Constitución de 1886. A la Corte Suprema de Justicia se le dio tan solo competencia para conocer de las objeciones presidenciales a los proyectos de ley (la norma los llamaba “actos legislativos”) y de la nulidad de las ordenanzas departamentales:

Artículo 151. Son atribuciones de la Corte Suprema:

[...]

4. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales.

5. Decidir, de conformidad con las leyes, sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el Gobierno, o denunciadas ante los tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles.

Los más entusiastas²³ ven en esa competencia dos anticipaciones mundiales: el establecimiento del control abstracto de constitucionalidad, por encima de cualquier intento norteamericano o europeo, y el establecimiento de los efectos *erga omnes* de las decisiones; lo que en la práctica no sirvió de nada, pues el presidente era conservador, el Congreso Constitucional estaba conformado por conservadores, al igual que el Consejo Nacional Constituyente, y de contera la Corte Suprema de Justicia había sido conformada por siete magistrados, de período vitalicio, nombrados libremente por el presidente, de conformidad con el artículo M transitorio de la Constitución. Mucho más ajustado el juicio de Restrepo quien con toda razón señala que “en la historia del Derecho Constitucional Colombiano el período llamado *La Regeneración* se destaca como el único durante el cual el principio de supremacía de la Constitución no tuvo vigencia”.²⁴

Durante la Regeneración realmente se gobernó con base en tres normas: el artículo transitorio K, que estableció la censura y el control del Gobierno sobre la prensa; el artículo transitorio L que permitía la vigencia de lo inconstitucional:

Artículo L. Los actos de carácter legislativo expedidos por el presidente de la república antes del día en que se sancione esta Constitución, continuarán en vigor, aunque sean contrarios a ella, mientras no sean expresamente derogados por el Cuerpo legislativo o revocados por el Gobierno.

Pero por sobre todo, se gobernó con la Ley 61 de 1888, llamada Ley de los Caballos, el más odioso instrumento de represión:

LEY 61 DE 1888

(25 DE MAYO)

(Publicada en el Diario Oficial No. 7,399 del 29 de Mayo de 1888,
página 1)

²³ Manuel Cepeda: “La defensa judicial de la Constitución”, en *Fortalezas de Colombia*, Ariel, BHD, 2005, pp. 145-211.

²⁴ Carlos Restrepo: *Tres ideas constitucionales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1988, p. 44.

Por la cual se conceden al Presidente de la República algunas facultades extraordinarias

El Consejo Nacional Legislativo

Decreta:

Art. 1º. Facúltase al Presidente de la República:

1º. Para prevenir y reprimir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado que afecten el orden público, pudiendo imponer, según el caso, las penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión o pérdida de derechos políticos por el tiempo que crea necesario;

2º. Para prevenir y reprimir con iguales penas las conspiraciones contra el orden público y los atentados contra la propiedad pública ó privada que envuelvan, á su juicio, amenaza de perturbación del orden ó mira de infundir terror entre los ciudadanos ; y

3º. Para borrar del Escalafón á los militares que, por su conducta, se hagan indignos de la confianza del Gobierno á juicio de aquel Magistrado.

Art. 2º. El Presidente de la República ejercerá el derecho de inspección y vigilancia sobre las asociaciones científicas é institutos docentes; y queda autorizado para suspender por el tiempo que juzgue conveniente, toda Sociedad ó Establecimiento que bajo pretexto científico ó doctrinal sea foco de propaganda revolucionaria ó de enseñanzas subversivas.

Art. 3º. Las providencias que tome el Presidente de la República en virtud de la facultad que esta Ley le confiere, deberán para llevarse a efecto ser definitivamente acordadas en Consejo de Ministros.

Art. 4º. Las penas que se apliquen de conformidad con esta ley no inhiben á los penados de la responsabilidad que les corresponda ante las autoridades judiciales conforme al Código Penal.

Art. 5º. La presente ley caducará el día en que el Congreso de la República expida una Ley sobre alta policía nacional.

Dada en Bogotá, á 23 de Mayo de 1888.

El Presidente, JORGE HOLGUÍN – El Vicepresidente, ANTONIO ROLDÁN – Los Secretarios, Manuel Brigard – Roberto de Narváez.

Publíquese y Ejecútese

(L.S.) RAFAEL NÚÑEZ.

4.4. El establecimiento del control constitucional por demanda ciudadana en 1910

Dueñas lo describe así: “Será en 1910 cuando otra agrupación política, la de los Republicanos, diferente a la de los dos partidos tradicionales (liberal y conservador) la que impulsará la consagración precisa y amplia de la acción y la excepción de inconstitucionalidad”.²⁵

La cuestión es que tras la Guerra de los Mil Días, la pérdida de Panamá y la presidencia de Rafael Reyes, el país, que experimentaba un nuevo auge en la actividad industrial y comercial, eligió como presidente a Carlos Eugenio Restrepo Restrepo, quien emprendió una serie de reformas destinadas a la modernización del Estado colombiano, la tecnificación burocrática, el restablecimiento de garantías y la disminución del autoritarismo. Dentro de esa comprensión atenuó el presidencialismo, redujo el período presidencial de seis a cuatro años, prohibió la reelección inmediata y, por sobre todo, estableció por medio del acto legislativo n° 3 de 1910, la acción pública de inconstitucionalidad, como control posterior y por demanda ciudadana, sobre las leyes expedidas por el Congreso y los decretos expedidos por el presidente, con lo que el sistema colombiano “se anticipó en casi dos décadas a las tesis de Hans Kelsen considerado el padre del modelo de control constitucional abstracto y concentrado europeo”.²⁶

Así pues, el verdadero establecimiento del control judicial se dio con la expedición del acto legislativo n° 3 de 1910, mediante dos normas: la primera de ellas, el artículo 40, que dispuso el principio de supremacía de la Constitución y la excepción de inconstitucionalidad, con lo que se establecía también por primera vez, el control concreto de constitucionalidad:

Artículo 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Y el artículo 41, que dispuso la acción pública de inconstitucionalidad:

²⁵ Oscar Dueñas: *Control constitucional*, cit., p. 139.

²⁶ Manuel Cepeda: “La defensa judicial de la Constitución”, en *Fortalezas de Colombia*, cit., pp. 145-211.

Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

De esta manera, la competencia para el control constitucional fue asignada a la Corte Suprema de Justicia. Inicialmente y en virtud del acto legislativo n° 1 de 1924, la Corte Suprema de Justicia estuvo dividida en tres salas: casación civil, casación penal y de negocios generales:

Artículo Único. La Corte Suprema de Justicia se compondrá del número de magistrados que determine la ley, pero ese número no podrá ser menor de nueve. La misma ley dividirá la Corte en salas, una de las cuales será para la Casación en materia civil, otra para la Casación, en asuntos criminales, y otra de negocios generales; señalará a cada una de ellas los asuntos que debe conocer separadamente, y determinará aquellos en que deba intervenir toda la Corte.

Posteriormente y durante el último año de mandato del general Gustavo Rojas Pinilla, fue expedido el Decreto 1762 de 1956, por medio del cual se crearon la Sala de Casación Laboral y la Sala de Negocios Constitucionales, conformadas por ocho magistrados, de los que conformaban la propia Corte, quienes decidirían los asuntos de constitucionalidad, sin tener que llevar el proceso a la Sala Plena. Según Dueñas, el establecimiento de la Sala de Negocios Constitucionales llenó de rencor a la mayoría de los magistrados, hasta el punto de que doce de ellos renunciaron al cargo. Finalmente, Rojas dejó la presidencia el 10 de mayo de 1957, y los cinco militares que asumieron el poder procedieron a derogar el decreto. Así moría el primer intento por establecer una jurisdicción constitucional en Colombia.

El final del mandato de Rojas dio lugar al Frente Nacional, producto de un acuerdo entre liberales y conservadores, en virtud del cual se repartirían alternativamente el Presupuesto General de la Nación, el poder público y la

burocracia entre 1958 y 1974, incluyendo dentro de tal reparto a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, que en aras de “la paridad”, contarían con un número igual de magistrados liberales y de magistrados conservadores, con exclusión de cualquier persona que no perteneciera a esos partidos. Esta perniciosa aún hoy continúa, especialmente en el Consejo de Estado, donde sin considerar que desde la Constitución de 1991 y el acto legislativo n° 1 de 2003 se cuenta con nuevos partidos, se continúa aplicando el sistema de cuotas del Frente Nacional del siglo pasado.

Finalmente, y en virtud del acto legislativo n° 1 de 1968, desarrollado por los decretos 432 y 485 de 1969, fue establecida e implementada la Sala Constitucional, compuesta por cuatro magistrados, que en lo sucesivo elaborarían los proyectos en materia constitucional que serían llevados para decisión a la Sala Plena.

Como es fácil de apreciar, en el ejercicio de sus competencias, la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional fue siempre inferior a las tareas encomendadas, caracterizándose por el ejercicio de un control mínimo, débil y medroso, complaciente con el Congreso y especialmente con el presidente, que además permaneció al margen de los avances del derecho mundial. Como señala Cepeda, “Es cierto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1991 fue demasiado deferente frente al poder presidencial, poco sensible al desarrollo de los derechos constitucionales y se quedó rezagada, tanto respecto de la evaluación del derecho constitucional en occidente durante la segunda posguerra, como ante las expectativas de numerosos grupos sociales que dejaron de ver en la Constitución una garantía de que sus peticiones serían escuchadas”.²⁷ El índice más notorio de esta laxitud y tolerancia es ubicable en la política judicial de inhibiciones respecto del control de normas neurálgicas del sistema normativo, como son los actos de reforma de la Constitución, los tratados públicos y las declaratorias de los estados de excepción, sobre los cuales y en nombre de una peculiar lectura de la “colaboración armónica” entre los poderes, la Corte prefirió inhibirse y no decidir de fondo. Dueñas refiere puntualmente que la jurisprudencia sobre incompetencia operó sobre las siguientes materias:²⁸

- a. Cuando se acusaban las leyes aprobatorias de tratados públicos.

²⁷ Manuel Cepeda: “La defensa judicial de la Constitución”, cit., p. 171.

²⁸ Oscar Dueñas: *Control constitucional*, cit., p. 230.

- b. Cuando se acusaban leyes aprobatorias de contratos.
- c. Cuando había sustracción de materia, bien porque la ley se suspendiera, se derogara o se incorporara a otra.
- d. Cuando la ley había sido irregularmente sancionada.
- e. Por insubsistencia de la norma.
- f. Cuando se trataba de normas que convocaban a la reforma de la Constitución.
- g. Cuando se trataba del decreto que declaraba turbado el orden público o lo restablecía.

4.5. El control constitucional en la Carta de 1991: principal y residual

Finalmente y con la expedición de la Constitución de 1991, se estableció un “sistema híbrido” de control constitucional, que cuando menos en el nivel del control abstracto de constitucionalidad, fue asignado a dos corporaciones: la Corte Constitucional, creada en 1991, a la que el artículo 241 de la Constitución le fijó las competencias para ejercer el control principal de constitucionalidad; y el Consejo de Estado, establecido como órgano judicial en virtud de la Ley 130 de 1913, al que le fue asignado el control residual sobre los decretos presidenciales de contenido administrativo, entre otras competencias, por medio del numeral 2º del artículo 237 de la Constitución.

El resultado ha sido bueno tan solo de modo parcial, pues de un lado la Corte Constitucional ejerce, o intenta ejercer, control estricto desde la Constitución Política, mientras que del otro, el Consejo de Estado permanece atado a la comprensión del control político y de legalidad del siglo XIX, sin importarle el clima de los tiempos ni los derechos de los ciudadanos.

Capítulo III

El control sobre los actos reformatorios de la Constitución

En Colombia a los actos reformatorios de la Constitución se los denomina *actos legislativos*, y en materia de control, la Carta de 1991 es todo un avance, en la medida en que la Constitución de 1886 no permitía demanda ni control alguno sobre tales reformas. Peor aún, la Corte Suprema de Justicia se resistió históricamente a ejercer cualquier control sobre los actos reformatorios de la Constitución, y tan solo vino a cambiar su postura hacia la década de los setenta en dos ocasiones: la primera de ellas, el 5 de mayo de 1978,¹ al declarar la inexecutable del acto legislativo n° 2 de 1977, expedido durante la presidencia de Alfonso López Michelsen, por el que se convocaba a una asamblea constitucional para tratar únicamente dos asuntos: la administración departamental y municipal y la administración de justicia, previendo la creación de una Corte Constitucional; y en un segundo momento, el 3 de noviembre de 1981,² al declarar la inexecutable del acto legislativo n° 1 de 1979, expedido bajo la presidencia de Turbay, momentos en los cuales la Corte Suprema fijó la tesis de la revisión constitucional de los actos legislativos por vicios de forma.

Cuando se expidió la Constitución de 1991, se pensó que se trataba de una Constitución rígida, o cuando menos semirrígida, es decir, de una de aquellas que establecían mecanismos arduos o difíciles para su reforma. Sin embargo, no bien entró en vigencia, comenzaron a ser tramitadas con éxito diversas reformas constitucionales, hasta el punto que en marzo de 2013 habían sido aprobadas un total de 37 de ellas.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena: Sentencia del 5 de mayo de 1978, M. P. José María Velasco Guerrero.

² Corte Suprema de Justicia, Sala Plena: Sentencia del 3 de noviembre de 1981, M. P. Fernando Uribe Restrepo.

Lo anterior indica que las reformas a la Constitución han dejado de ser mecanismos excepcionales, pasando a ser instrumentos corrientes de modificación de la Carta Política. Es justamente por esto que el control constitucional sobre esas reformas se vuelve determinante, erigiéndose en el único instrumento de defensa del núcleo normativo de la Constitución, hoy amenazada por las modificaciones y adiciones introducidas por los presidentes Uribe y Santos, quienes progresivamente han instaurado una desarticulación de la Carta de 1991, apenas defendida por los jueces, recurriendo a reformas sucesivas que, en últimas, actualizan numerosos componentes de la represiva Constitución de 1886.

Para desarrollar el tema del control sobre las reformas constitucionales, el texto inicia caracterizando las reformas constitucionales y describiendo los mecanismos de reforma establecidos por la Carta de 1991. La segunda sección trabaja específicamente el caso de las reformas tramitadas por el Congreso, lo que resulta decisivo si se tiene en cuenta el reformismo que padece el sistema. El tratamiento específico del control comienza en la tercera parte del capítulo, donde se hace una breve historia del control de los actos legislativos y se enuncian sus características principales. El capítulo finaliza trabajando, de manera puntual, el tema de los vicios de competencia y el *test de sustitución*, que son los asuntos centrales del control sobre las reformas a la Constitución.

1. Las reformas constitucionales y los mecanismos de reforma constitucional

La diferencia entre *reformular* la Constitución y *sustituirla*, no es ninguna novedad. Hesse, refiriéndose al caso alemán, señala que el poder de reforma es limitado por la propia Constitución y que no puede ir más allá de ella. En este sentido, indica específicamente que “En todo caso la reforma constitucional presupone que se mantienen intactas las decisiones fundamentales que configuran la identidad de la Constitución; según la Ley Fundamental, los principios consagrados en los artículos 1 y 20 y la articulación territorial en *Länder* que concurren a la legislación (art. 79.3 GG). Las *reformas constitucionales* que eliminen esa identidad produciendo discontinuidad son inadmisibles. En realidad, se trataría de ejercitar el poder constituyente, de sustituir la actual por otra nueva Constitución, al margen del orden constitucional”.³

³ Konrad Hesse: “Constitución y derecho constitucional”, en *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2001, pp. 1-15.

Respecto de las reformas constitucionales vale ser cautelosos, para no llegar a casos como el reformismo constitucional colombiano, que ha transformado la Constitución en un interferido código constitucional en el que los asuntos legales se elevan a canon constitucional, según preferencias del presidente de turno. Las reformas a la Constitución entrañan algunos problemas de estructura y de ejecución que deben ser tenidos en cuenta, a efectos de obtener reformas útiles, que no sean manipuladas y que sobre todo contribuyan al sistema, en lugar de afectarlo.

Gargarella diferencia entre las dificultades internas y externas que padecen las reformas.⁴ Las dificultades internas se refieren a cuestiones propias de diseño. Los sujetos encargados de hacer las reformas (los miembros del Congreso) terminan beneficiados o perjudicados por las propias reformas, lo que implica inevitablemente falta de neutralidad. En Colombia se tienen casos aberrantes, como el dispuesto en el acto legislativo n° 1 de 2011, *Por el cual se adiciona el parágrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia*, que si bien fue declarado inexecutable por sustituir la Constitución,⁵ permitía que los parlamentarios que tuviesen intereses económicos o de cualquier otra clase en la reforma constitucional (aquí se los llama “conflictos de intereses”), no tuviesen que apartarse del debate y la discusión, sino seguir y votar el proyecto como si nada. En segundo término, estarían las dificultades externas, entre las que se contarían las presiones que ejerzan las multinacionales (en el pasado las presiones las ejercían los Estados, ahora las ejercen los empresarios y los dueños de los bancos), o lo que se denominan ahora “trasplantes”, que consisten en traer una institución jurídica de otro país e introducirla mediante reforma constitucional, sin medir el impacto ni las consecuencias. Ejemplo de lo primero sería el acto legislativo n° 1 de 1999, *Por el cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Política* sobre derecho de propiedad. La reforma consistió en la supresión de los dos incisos finales de la norma original, que preveían la expropiación sin indemnización, por razones de equidad. Al parecer, la modificación se hizo para ‘atraer’ la inversión extranjera, obligándose al Estado colombiano a modificar la Carta, como condición impuesta para invertir en

⁴ Roberto Gargarella: “Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional”, en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, t. I, pp. 521-530.

⁵ Sentencia C-1056 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

exploración petrolera. En Colombia el artículo 114 de la Carta establece las principales funciones del Congreso, en los siguientes términos:

Artículo 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el Gobierno y la administración...

Se incluye allí como una de las competencias del Congreso, el ejercicio de la función constituyente, es decir, la tarea de reformar la Constitución. La Carta Política prevé tres mecanismos de reforma, fijados en el artículo 374:

Artículo 374. La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo.

Desde ya deben quedar claras dos cuestiones: lo primero es que la competencia del Congreso se limita a llevar a cabo la *reforma* de la Constitución, pero no puede *sustituir* o *cambiar* la Constitución. En segundo lugar, debe señalarse que cualquiera que sea el mecanismo de reforma que se utilice, la iniciativa siempre tendrá que pasar por el Congreso de la República, bien sea porque allí se realice la totalidad del trámite (como es lo corriente), o porque se haya tramitado un referendo constitucional o una asamblea constituyente, pues en ambos casos se exige la expedición de una ley tramitada por el Congreso que convoque al referendo o a la asamblea.

1.1. La reforma de la Constitución por la vía del Congreso

Al acto de reforma de la Constitución por la vía del Congreso se lo denomina acto legislativo. Para marzo de 2013, habían sido tramitados y aprobados un total de 37 actos legislativos, 36 de ellos llevados a cabo exclusivamente por el Congreso, y el restante, el acto legislativo n° 1 de 2004, por la vía del referendo constitucional. El trámite general de reforma por el Congreso se describe en el artículo 375 de la Constitución, donde se dispone la concurrencia de dos períodos ordinarios consecutivos en los siguientes términos:

Artículo 375. Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros el Congreso, el veinte por ciento de los con-

cejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada cámara.

En el segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

Las características y elementos de este tipo de reformas se presentan en la siguiente sección del capítulo.

1.2. La reforma de la Constitución por la vía del referendo constitucional

El referendo es definido puntualmente en el artículo 3º de la Ley 134 de 1994, como “La convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente”. Se clasifica de muchas maneras, de acuerdo con el criterio normativo, puede haber referendo constitucional, referendo legislativo o referendo administrativo, según se trate de aprobar o derogar una norma constitucional, una ley o una norma de contenido administrativo. Hasta el año 2013, tan solo había sido tramitado y aprobado con éxito un único referendo constitucional, el contenido en el acto legislativo n° 1 de 2004. El trámite de las reformas a la Carta por la vía del referendo constitucional se describe en el artículo 378 de la Constitución:

Artículo 378. Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y

que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

El referendo constitucional es un acto jurídico de carácter complejo y en su trámite y perfeccionamiento intervienen tanto el pueblo como numerosas autoridades públicas. Para que se perfeccione un referendo constitucional se requiere satisfacer básicamente cuatro fases o etapas: la etapa de la iniciativa, que en los casos de ser popular, se surte ante la Registraduría Nacional del Estado Civil; la fase legislativa, que se tramita ante el Congreso de la República; la fase judicial, que se lleva a cabo ante la Corte Constitucional; y finalmente la fase electoral, en la que concurre nuevamente la actividad de la Registraduría y la de los ciudadanos. Las etapas, características, elementos y control del referendo constitucional son examinados en detalle en el capítulo iv de este libro.

1.3. La reforma de la Constitución por la vía de la Asamblea Constituyente

Las normas del sistema colombiano no definen puntualmente a la asamblea constituyente, lo que resulta paradójico si se considera que la actual Carta Política fue el resultado de una asamblea de ese tipo. Por medio de esta, la tarea de reformar la Constitución “se sustrae al Congreso o parlamento y se le entrega a un cuerpo u órgano especial que, generalmente, se denomina convención o asamblea constituyente”.⁶ En este sentido, se trataría de un grupo de personas (los asambleístas) que deciden los contenidos del acto reformatorio. En nuestra normatividad, la asamblea constituyente no está reseñada dentro de los mecanismos de participación democrática dispuestos por el artículo 103 de la Carta, pero sí se la prevé como una de las modalidades que puede asumir la consulta popular, siendo esta última regulada entre los artículos 58 y 63 de la Ley 134 de 1994, estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana. Allí se establece que la convocatoria debe hacerse por medio de una ley que es objeto de control automático por la Corte Constitucional, de conformidad con el numeral 2º del artículo 241 de la Constitución.

⁶ Sentencia C-222 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

2. La reforma de la Constitución tramitada ante el Congreso de la República

La descripción general de este trámite es hecha por el artículo 375 de la Carta, que ha sido presentado de modo fragmentado en múltiples fallos, según los problemas concretos que se avoquen, y de modo integral en la sentencia C-222 de 1997, en el que la Corporación entró a resolver la demanda interpuesta en contra del acto legislativo n° 1 de 1996, por el que habían sido modificados los artículos 299 y 230 de la Constitución, relacionados con las asambleas departamentales. En dicha oportunidad, la Corte Constitucional fijó los elementos estructurales de las reformas tramitadas ante el Congreso, para lo cual diferenció este trámite, de aquel al que son sometidos los proyectos de ley, bajo la tesis de su total autonomía, en el entendido de que “no se sigue que simplemente deba aplicarse, repetido, el trámite ordinario previsto para expedir las leyes”.⁷ Dentro de esta comprensión fueron señalados los elementos característicos del trámite de los actos legislativos, a saber:

- a. La iniciativa. Esta corresponde a:
 - Los miembros del Congreso, quienes deberán concurrir cuando menos en un número de diez de ellos, de acuerdo con el artículo 375 de la Constitución.
 - Los concejales y diputados del país. Aquí hay dos normas en tensión. El artículo 155 de la Constitución exige para la iniciativa un porcentaje del 30% de ellos, mientras que el artículo 375 prevé un porcentaje menor del 20%. De acuerdo con la Corte Constitucional, debe darse aplicación a esta última norma por principio de especialidad.
 - Los ciudadanos, en un número que equivalga cuando menos al 5% del censo electoral vigente.
 - El Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 237.4 de la Constitución.
- b. La publicidad. Dentro del trámite de los proyectos de acto legislativo el principio de publicidad se despliega en los siguientes escenarios:
 - La publicación del proyecto en la Gaceta del Congreso, antes de iniciar el trámite en la Comisión Primera constitucional a la que corresponde.

⁷ Sentencia C-222 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

- La publicación de los debates, aprobaciones y modificaciones que se vayan surtiendo sobre el texto del proyecto, en la Gaceta del Congreso, la página web del Congreso y por medios mecánicos (fotocopias).
 - La publicación en el Diario Oficial, la cual debe hacerse en dos ocasiones: inicialmente, al término del primer período de sesiones en el que haya sido aprobado el proyecto, y en segundo término, al final del segundo período de sesiones, tras la aprobación final del acto legislativo, con constancias acerca del quórum, las mayorías, los textos votados y aprobados, así como de las supresiones y adiciones en cada debate.
- c. La consecutividad y la identidad relativa. La consecutividad se refiere a la exigencia de que los debates dentro del trámite parlamentario sean hechos de modo ordenado y consecutivo. La Corte la ha definido específicamente, señalando que “... en virtud del principio de consecutividad, los proyectos de ley deben surtir cuatro debates de manera sucesiva, tanto en comisiones como en plenarias, salvo las excepciones plasmadas en la Constitución y la ley; y los actos legislativos ocho debates, en dos períodos ordinarios y consecutivos, cuatro en cada uno de ellos, dos en cada cámara, los cuales deben realizarse en su integridad dado que para el trámite de las reformas constitucionales ni la Constitución ni la ley ha previsto excepción alguna”.⁸ Respecto del trámite de los actos legislativos, el principio de identidad está vinculado al principio de identidad relativa y, en este sentido, durante el segundo período “deben ser respetados los principios de consecutividad y de identidad relativa, explicitados previamente, es decir, (i) en cada debate sólo pueden discutirse los asuntos que hayan sido considerados en los debates precedentes, y las modificaciones y adiciones que se introduzcan deben guardar relación de conexión con lo que ha sido debatido en las etapas anteriores del trámite legislativo”.⁹

Este par de principios son muy importantes e involucran tanto el trámite de los dos períodos ordinarios consecutivos, como el trá-

⁸ Sentencia C-208 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas, citando varios precedentes.

⁹ Sentencia C-332 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n° 4.4.

mite en las comisiones de conciliación cuando hay lugar a ello, tal como se puntualizó en la sentencia C-033 de 2009 al declararse la inexecutable del acto legislativo n° 1 de 2007, que creaba una serie de distritos, en atención a que “El Congreso de la República viola el principio de consecutividad en el trámite de una reforma constitucional, cuando en un Acto legislativo se incluyen propuestas normativas sin relación temática que nunca fueron discutidas o votadas, ni en primera ni en segunda vuelta por alguna de sus Cámaras, dentro de los correspondientes debates constitucionalmente exigidos para reformar la Constitución Política. Las comisiones encargadas de conciliar los textos de un Proyecto de Acto legislativo violan la Constitución cuando introducen temas y asuntos nuevos, sin relación temática, con el pretexto de estar conciliando las diferencias entre los textos”.¹⁰

- d. La unidad de materia. De acuerdo con los artículos 158 y 169 de la Constitución y el artículo 148 de la Ley 5ª de 1992, el proyecto de acto legislativo debe guardar unidad de materia, es decir, debe estar regido “por el asunto predominante del que ellos se ocupan, que no es otro que la reforma de determinados títulos, capítulos o artículos de la Constitución”.¹¹ Específicamente, el artículo 148 de la Ley 5ª de 1992 dispone que “Cuando un proyecto haya pasado al estudio de una comisión permanente, el presidente de la misma deberá rechazar las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con una misma materia. Sus decisiones serán apelables ante la Comisión”.
- e. La acumulación de proyectos. No es aplicable en el trámite del acto legislativo la acumulación de proyectos, salvo que esta opere antes del primer debate en la primera vuelta, es decir, previa a cualquier decisión o aprobación.
- f. Las votaciones. El tema de las votaciones durante el trámite de los proyectos de acto legislativo está regulado en el inciso segundo del artículo 375 de la Constitución, que prevé dos tipos de mayorías. Así, la aprobación del proyecto durante el primer período de sesiones deberá hacerse por mayoría simple, es decir, por la mitad más uno

¹⁰ Sentencia C-033 de 2009, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n° 7.

¹¹ Sentencia C-222 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

- de los votos de los asistentes; mientras que en el segundo período se exige la mayoría absoluta, es decir, la aprobación por la mitad más uno de los miembros de la comisión o de la plenaria, según el caso.
- g. La exclusión de las votaciones en bloque, de las comisiones conjuntas y de los mensajes de urgencia del presidente. La Corte, en defensa de la Constitución y de los derechos de las minorías, excluye la posibilidad de votación en bloque de los proyectos y, por el contrario, privilegia el valor de la deliberación y del debate durante el tránsito legislativo. Igualmente, y por tratarse de una cláusula restrictiva, se excluye la realización de sesiones conjuntas de las comisiones correspondientes, así como los mensajes de urgencia del presidente (art. 163 C. P.), que serían considerados una injerencia indebida del Ejecutivo en la función constituyente.
 - h. La ausencia de sanción u objeción presidencial. La Constitución Política no establece la sanción presidencial de los proyectos de acto legislativo aprobados por el Congreso, limitando su existencia a los proyectos de ley. Este es el sentido de los artículos 165, 166 y 167 de la Constitución Política. Adicionalmente, la Carta tampoco prevé el control sobre los proyectos de acto legislativo objetados por el presidente por inconstitucionales, ya que el numeral 8° del artículo 241 de la Constitución únicamente señala dentro de las funciones de la Corte Constitucional, la de decidir “sobre la constitucionalidad de los *proyectos de ley* que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales”, pero no sobre los *proyectos de acto legislativo* que haya objetado el presidente. No obstante y pese a lo anterior, en junio de 2012, el presidente Juan Manuel Santos objetó por inconstitucional un acto legislativo que contenía una reforma judicial y que había sido aprobado por el Congreso. Este último, además, aceptó la objeción del presidente.

3. La historia del control sobre las reformas constitucionales¹²

Cajas reconstruye la historia reciente del control sobre las reformas constitucionales, identificando tres períodos: el primero, que va de 1955 a 1977,

¹² Esta sección sigue las sectorizaciones y contenidos dispuestos en: Mario Cajas: *El control judicial a la reforma constitucional*, Cali: Universidad ICESI, 2008.

durante el cual la Corte Suprema de Justicia se declara incompetente para conocer de las demandas formuladas en contra de actos reformativos de la Constitución; el segundo, comienza en 1978 y termina en 1990. En este tiene lugar un cambio de jurisprudencia, por el cual la Corte Suprema asume la competencia para el control; y finalmente, el período que corresponde a la vigencia de la Carta de 1991, en el que el autor identifica dos etapas: la inicial, que va de 1992 a 2003, que sostiene la competencia de la Corte Constitucional para ejercer control sobre las reformas, únicamente por vicios en el trámite de su producción, y la etapa final y actual, de 2003 hasta hoy, en la cual la Corte Constitucional declara su competencia para ejercer control tanto por vicios en el trámite (i) como por vicios de competencia, es decir, para verificar que el Congreso en el ejercicio de la función constituyente, tan solo ha *reformado* la Constitución, pero no la ha *cambiado o sustituido* (ii).

3.1. Período 1955-1977. La incompetencia de la Corte Suprema para ejercer el control sobre las reformas constitucionales

Durante el período que va de 1955 a 1977, la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de su incompetencia para ejercer control sobre las reformas constitucionales. Esta tesis se desplegó de dos maneras: inicialmente, mediante el rechazo de las demandas por medio de auto, y posteriormente, mediante sentencia de fondo, con la expedición de fallo inhibitorio.

Como bien se sabe, el 9 de abril de 1948 fue asesinado en Bogotá el líder liberal Jorge Eliecer Gaitán, acontecimiento que desencadenó lo que se ha llamado como la época de la Violencia, que usualmente se hace extender hasta 1957, cuando tras un plebiscito se dio comienzo al período del Frente Nacional, en virtud del cual el Partido Liberal y el Partido Conservador se alternarían en el poder durante cuatro períodos presidenciales.

El punto es que, de acuerdo con Cajas, en 1951 y bajo la presidencia del reaccionario Laureano Gómez, el Congreso de la República convocó a la realización de una asamblea constituyente. Meses después, el 9 de diciembre de 1952, el presidente Urdaneta sancionó el acto legislativo n° 1 de 1952, que convocó a la realización de una asamblea constituyente, con base en un proyecto conservador y corporativista que daría lugar en mayo de 1952 a la conformación de una comisión de estudios constitucionales. Esa comisión elaboró un texto, vertido en el acto legislativo n° 1 del 18 de junio de 1953,

al cual se interpuso el golpe de Estado liderado por el general Gustavo Rojas Pinilla el 13 de junio de ese mismo año.

El general dispuso a su vez la conformación de otra asamblea nacional constituyente, dirigida a neutralizar lo aprobado bajo la influencia de Laureano Gómez. En esta línea fue expedido el acto legislativo n° 1 de 1954, por el que se autorizaba al general Rojas a aumentar el número de miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. Posteriormente, esa misma asamblea, el 4 de agosto de 1954, reeligió en el cargo de presidente al general Rojas por un período de cuatro años, y volvió a hacer lo mismo el 20 de marzo de 1957, solo que esa decisión no tuvo efectos, pues el 10 de mayo de 1957, el general dejó el poder.

El punto es que algunos ciudadanos demandaron ante la Corte Suprema de Justicia los actos legislativos n° 1 de 1953, 1 de 1954 y 2 de 1954, pero sus demandas fueron rechazadas mediante autos (y no por sentencias), por medio de los cuales la Corte declaraba su incompetencia para hacer control judicial sobre actos reformativos de la Constitución.

El primero de los autos en fijar la tesis del rechazo fue expedido el 28 de octubre de 1955 y en él la Corte sostuvo que no tenía competencia para controlar el poder constituyente y que el artículo 214 de la Constitución tan solo le permitía el control sobre leyes. La Corte señaló, específicamente que "... estos actos una vez expedidos, no están sujetos a revisión de ninguna especie por ninguno de los poderes constituidos, porque ello implicaría admitir el absurdo de que hay derecho contra derecho, la tesis es tan clara, tan evidente, que sería inoficioso detenerse a analizarla".¹³

Como antes se apuntó, en el año 1957 el general Rojas le entregó el poder a la Junta Militar de Gobierno, la cual expidió los decretos 0247 y 0251 que convocaron a un plebiscito para reformar la Constitución. Estos decretos fueron demandados ante la Corte, con el argumento de que mediante decretos de estado de sitio no podía ser convocada una reforma constitucional. La demanda fue resuelta en la sentencia del 28 de noviembre de 1957, en fallo dividido en el que la Corte se declaró inhibida para fallar por falta de competencia, señalando, de conformidad con Cajas, que el poder de la Junta era

¹³ Corte Suprema de Justicia: Auto del 28 de octubre 28 de 1955, M. P. Luis Enrique Cuervo, citado por Mario Cajas: *El control judicial a la reforma constitucional*, cit., p. 43.

legítimo, que no se tenía competencia para juzgar los actos del poder constituyente, y que los decretos no eran de contenido legal, sino constitucional.¹⁴

Esta tesis de la falta de competencia para el control de las reformas constitucionales sería la dominante hasta 1977, cuando se hizo la corrección doctrinal y la Corte Suprema de Justicia decidió controlar las reformas constitucionales, pero solo por vicios de forma.

3.2. Período 1977-1990. La corrección doctrinal. El control sobre las reformas constitucionales solo por vicios de forma

Mediante dos sentencias proferidas en los años 1978 y 1981, la Corte Suprema de Justicia consumó un cambio de jurisprudencia, abandonando la tesis de la incompetencia para el control de los actos reformatorios de la Constitución, para afirmar la tesis del control sobre los vicios de forma que se presentaran durante el trámite de esas reformas.

La sentencia que introdujo el cambio doctrinal fue emitida el 5 de mayo de 1978 y contó con la ponencia de José María Velasco Guerrero, uno de los pocos magistrados progresistas de entonces. Se trató allí del examen de constitucionalidad del acto legislativo n° 2 de 1977, expedido durante la presidencia de Alfonso López Michelsen, por medio del cual se convocaba a la realización de una asamblea nacional constituyente, la cual se ocuparía de asuntos relacionados con la administración departamental, el Consejo de Estado, la justicia constitucional y el control de los actos reformatorios de la Constitución, planteándose la necesidad de crear una corte constitucional para ejercer ese control.

La sentencia que dispuso el control de las reformas constitucionales fue todo un avance, que se dio por razones relacionadas con un pequeño progreso del derecho en el país y por el celo de la Corte Suprema de Justicia, que ante la eventualidad de la creación de una corte constitucional, veía amenazados sus poderes. Cajas describe bien el asunto al señalar respecto de la reforma de 1977, que “las materias que tendría a cargo la ‘pequeña constituyente’ precipitaron una alianza bipartidista en la Corte. Sin importar el partido político al que hubiesen pertenecido los magistrados, se trataba de conservar los tres

¹⁴ Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 28 de noviembre de 1958, M. P. Guillermo Hernández Peñalosa, citado por Mario Cajas: *El control judicial a la reforma constitucional*, cit., pp. 46-50.

grandes poderes de la Corte: la casación, el control constitucional y el poder nominador de la rama judicial”,¹⁵ es decir, la burocracia y el clientelismo.

Ahora bien, el punto es que bajo la Constitución de 1886, la Corte Suprema de Justicia tan solo tenía competencia para ejercer el control *sobre las leyes*, y se consideraba que los actos legislativos, por no ser leyes, escapaban al control constitucional. No obstante, lo que señaló la Corte en 1978, es que sí tenía competencia para pronunciarse acerca de la constitucionalidad de los actos legislativos, pues en últimos dichos actos eran leyes superiores, que se sometían también a las reglas de formación de las leyes. El fallo dice, textualmente: “De lo anterior no se puede concluir que las normas constitucionales aplicables al Congreso como Rama Legislativa del Poder Público no lo obligan cuando obra en ejercicio de su competencia para reformar la Constitución. Pero, repítase, el acto legislativo es ley. De consiguiente, no cabría sostener que escapa a las reglas constitucionales de formación de toda ley, sea ella cual fuere”.¹⁶

Reivindicada la competencia para el control, la Corte procedió al examen, concluyendo la inexequibilidad de la reforma en los siguientes términos: “Si pues el artículo 218 de la Constitución Nacional no permite delegar el poder de reforma del Congreso que a él atribuye con exclusividad, sobran razones para que la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, habiendo oído el concepto el Procurador General de la Nación, declare que el Acto legislativo número 2 de 1977 ‘por el cual se reforma la Constitución Nacional’, es INEXEQUIBLE por no haberse ajustado en su formación al artículo 218 y a sus complementos constitucionales, con excepción de su artículo 14, que se declara EXEQUIBLE”.¹⁷

Esta tesis de la competencia de la Corte Suprema de Justicia para ejercer control sobre los actos reformativos de la Constitución por vicios en el trámite, sería refrendada después por medio de la sentencia del 3 de noviembre de 1981, que declaró la inexequibilidad del represivo acto legislativo n° 1 de 1989, expedido durante el gobierno de Turbay Ayala.¹⁸ Como bien señala

¹⁵ Mario Cajas: *El control judicial a la reforma constitucional*, cit., p. 71.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena: Sentencia del 5 de mayo de 1978, M. P. José María Velasco Guerrero, sección b) El trámite en el Congreso.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena: Sentencia del 5 de mayo de 1978, M. P. José María Velasco Guerrero, sección c) La competencia del Congreso.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena: Sentencia del 3 de noviembre de 1981, M. P. Fernando Uribe Restrepo.

Valencia, “la drástica sentencia de noviembre 3 de 1981 consolidó la nueva interpretación de la Corte, confirmó la índole estratégica del debate y reabrió una polémica nacional que no ha concluido”.¹⁹

3.3. El período posterior a 1991

A diferencia de la Constitución anterior, la Carta de 1991 en el numeral 1º del artículo 241, estableció de modo expreso el control de los actos reformativos de la Constitución, asignando esa tarea a la Corte Constitucional. De esta manera y en opinión de Cajas, se elevó a norma constitucional la interpretación que la Corte Suprema de Justicia había convertido en precedente a partir de la sentencia del 5 de mayo de 1978.

Para este período el autor identifica dos etapas: la primera, que iría de 1992 hasta 2003, durante la cual el control que ejercerá la Corte se limitará a verificar el cumplimiento del trámite constituyente en el Congreso, y una segunda etapa, que iría de 2003 hasta la actualidad, cuando la Corte incluye el control sobre los vicios de competencia en los que pueda haber incurrido el Congreso de la República al tramitar las reformas constitucionales.

4. El control sobre los actos reformativos de la Constitución en la Carta de 1991

El control sobre los actos reformativos de la Constitución fue asignado a la Corte Constitucional por medio del numeral 1º del artículo 241 de la Carta Política, según el cual le corresponde a esa Corporación

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

Como puede apreciarse, se trata de un control posterior y por demanda ciudadana, en la medida en que la competencia de la Corte nace del ejercicio que de la acción pública de inconstitucionalidad haya hecho un cuidando, dentro del año siguiente a la expedición del acto legislativo. No obstante, la

¹⁹ Hernando Valencia: *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá: Panamericana, 2010, p. 66.

competencia de la Corte Constitucional para el ejercicio del control es limitada, pues tan solo puede pronunciarse “por vicios de procedimiento en su formación”. Como se verá a continuación, respecto del alcance de estas expresiones han sido planteadas dos tesis: una restrictiva, que limita la competencia de la Corte a verificar el trámite formal, y otra integral y sustantiva, que le asigna a la Corte, adicionalmente, la tarea de verificar que la Constitución haya sido simplemente reformada y no sustituida.

De conformidad con lo anterior y a efectos de la presentación del control constitucional sobre los actos legislativos, a continuación se desarrollan tres cuestiones: el parámetro normativo de este control constitucional, el control por vicios en el trámite y el control por vicios de competencia, desde la distinción entre reformar y sustituir la Constitución.

4.1. El parámetro normativo del control sobre los actos legislativos

En principio, el parámetro del control está limitado a lo que en materia de trámites y procedimientos establece el título XIII de la Constitución, de conformidad con el artículo 379 de esta misma Carta Política:

Artículo 379. Los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocatoria a la asamblea Constituyente, *sólo* podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. (Énfasis añadido)

No obstante, la Corte ha señalado con toda razón que dicho control no puede ejercerse únicamente desde el título XIII de la Constitución, por la sencilla razón de que ese título remite a otras normas constitucionales y a la Ley 5ª de 1992, orgánica del Congreso. De esta manera, ha concluido que la expresión “sólo” no puede ser interpretada de modo literal y exegético, pues de esa manera se desvirtuaría todo el sistema de control sobre las reformas constitucionales. La Corporación señaló, específicamente, en la sentencia que declaró la inexecutable del Estatuto Antiterrorista de Uribe por un vicio de forma, en la votación del informe de ponencia en el sexto debate del trámite:

17. El análisis precedente muestra que el parámetro normativo aplicable al control de los actos legislativos está formado por las normas de la Constitución y el Reglamento del Congreso cuyo (i) cumpli-

miento es presupuesto básico y necesario para la adecuada formación de la voluntad democrática de las cámaras, (ii) están estrechamente relacionadas con la materialización de principios y valores constitucionales, en especial el principio democrático, y (iii) tienen una entidad tal que, al desconocerse, ocasionan un vicio de procedimiento en la formación del acto legislativo, en la medida en que desconocen *“los requisitos establecidos por la propia Carta para la aprobación de dichas reformas, los cuales se encuentran sintetizados en el título XIII”*.^{20,21}

En esa misma comprensión, la Corte concluiría más tarde que “el parámetro de referencia para el control de constitucionalidad de un acto reformativo de la Constitución está integrado por las normas del título XIII de la Constitución que regulan el respectivo procedimiento; las normas constitucionales y orgánicas que resulten pertinentes en función del mecanismo de reforma constitucional de que se trate, y las normas constitucionales que regulan la competencia en materia de reforma constitucional”.²²

4.2. El control por vicios en el trámite

Sobre este punto, la Corte ha insistido en que no toda irregularidad durante el trámite legislativo conduce a la configuración de un vicio de forma y que su consideración debe estar regida por el principio de instrumentalidad de las formas.

4.2.1. El principio de instrumentalidad de las formas como parámetro del control en los vicios de trámite

En la base de este principio subyacen dos ideas centrales. De acuerdo con la primera, los trámites y los procedimientos son apenas los instrumentos de realización de las iniciativas del legislador; y de acuerdo con la segunda, dichos trámites, en la medida en que son reglados, son a su vez la garantía de la realización del principio de legalidad y del principio democrático. Ahora bien, en virtud del principio de instrumentalidad de las formas, la jurisprudencia

²⁰ Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

²¹ Sentencia C-816 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes, consideración jurídica n° 17.

²² Sentencia C-1040 de 2005, varios ponentes.

constitucional ha insistido en que no toda irregularidad durante el trámite legislativo conduce a la configuración de un vicio de procedimiento, y que en este sentido, antes de declarar su existencia, el juez constitucional debe evaluar cuatro asuntos, a saber:²³

1. Si el defecto es de suficiente entidad como para constituir un vicio susceptible de afectar la validez de la ley;
2. En caso de presentarse el vicio, la Corte estudiará si existió o no una convalidación de este durante el trámite de la ley;
3. Si el vicio no fue convalidado, la Corte debe analizar si es posible devolver la ley al Congreso y al presidente para que subsane el defecto observado; y
4. Si no se presenta ninguna de las anteriores hipótesis, la Corte debe determinar si es posible que ella misma subsane, en su pronunciamiento, el vicio detectado, respetando siempre el principio de *razonabilidad*.⁷

4.2.2. La diferenciación entre errores irrelevantes, irregularidades reglamentarias y vicios de procedimiento

Al referirse a las eventuales vulneraciones del procedimiento que conducen a la configuración de un vicio de forma, la Corte fijó como premisa de que: “No toda irregularidad en el trámite legislativo constituye un vicio de procedimiento, y en materia de actos legislativos se acude a criterios para establecer la diferencia [...]”²⁴ entre errores irrelevantes, irregularidades reglamentarias y vicios de procedimiento.

Se está ante un *error irrelevante*, si el yerro no vulnera un principio o valor constitucional, y si adicionalmente no afecta el proceso de formación de la voluntad democrática de las cámaras. Las *irregularidades reglamentarias* ocurren cuando hay violación del proceso legislativo. Sobre este punto hay que examinar si lo que se ha hecho es simple control de legalidad, caso en el cual no se configura el vicio de forma, o si por el contrario, hubo afectación de un principio constitucional, bien por violación de las normas constitucionales sobre el trámite, del Reglamento del Congreso o de la Ley Estatutaria de

²³ Sentencia C-1040 de 2005, varios ponentes, citando la Sentencia C-737 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁴ Sentencia C-1040 de 2005, varios ponentes, Sección sección V.

los mecanismos de participación, caso en el cual se debe declarar la inconstitucionalidad. Finalmente, se configura el *vicio de procedimiento*, cuando hay afectación directa de uno de los principios constitucionales que rigen el trámite legislativo, principalmente de los principios de consecutividad y publicidad.

4.3. El control por vicios de competencia. La diferencia entre *reformular* y *sustituir* o *cambiar* la Constitución. El *test de sustitución*

Los artículos 114 y 374 de la Constitución demarcan las funciones y los límites del Congreso en materia de reformas a la Constitución: el Congreso de la República tan solo es competente para *reformular* la Constitución, y no puede *sustituirla* o *cambiarla*. En este sentido, si el Congreso en su calidad de poder constituyente secundario, llega a expedir un acto legislativo por el que sustituya la Constitución, y no la reforme simplemente, incurrirá en un *vicio de competencia*, en la medida en que habrá excedido el límite de las competencias que le fueron asignadas por la Constitución.

El asunto de los límites del poder de reforma de la Constitución y de la configuración de los vicios de competencia del Congreso, es decisivo, en atención a la práctica nacional de introducir reformas sucesivas en el texto constitucional. El punto de partida de la cuestión está en la interpretación que se haga de los numerales 1º y 2º del artículo 241 de la Carta, de acuerdo con los cuales, la Corte Constitucional tiene la obligación de controlar los actos reformativos de la Constitución, “sólo por vicios de procedimiento en su formación”. Alrededor del alcance de estas expresiones, han sido fijadas dos tesis antagónicas:

- a. Una tesis formalista y restrictiva, según la cual, la Corte Constitucional tan solo es competente para examinar la forma, es decir, para verificar si durante el trámite del proyecto de reforma constitucional fueron observadas todas las reglas relacionadas con la radicación del proyecto, las ponencias, el quórum, los debates, las votaciones, las publicaciones, etc. Desde esta perspectiva, el análisis de la Corte sería simplemente formal.
- b. Una tesis integral, de acuerdo con la cual, la Corte Constitucional debe hacer un control integrado de constitucionalidad, que implica: el control de los requisitos de forma, relacionados con la mencionada verificación del quórum, de las votaciones, de los debates y de las publicaciones (i), y el control de los *vicios de competencia*, es decir,

verificar que el Congreso no haya excedido el poder de reforma de la Constitución, y que por lo mismo, se haya limitado a reformarla, y no a cambiarla o sustituirla (ii).

Una vez establecida la figura de los “vicios de competencia” y la distinción entre “reformular” la Constitución y “sustituirla” o “cambiarla”, la pregunta obvia es la siguiente: ¿Cómo saber y de acuerdo con qué criterios, cuándo se está frente a una sustitución de la Constitución y no ante su simple reforma?

La respuesta a la anterior cuestión ha sido dada dentro de un proceso evolutivo de las jurisprudencia, iniciado en el año 2003, en el cual se han construido diversos criterios de evaluación, que tienen su punto de llegada en la formulación y aplicación del *test de sustitución*. A continuación se hace la presentación de estos criterios.

4.3.1. La presentación del asunto en la sentencia C-551 de 2003. La distinción entre *reforma* y *sustitución* desde la argumentación por el ejemplo

La Corte Constitucional presentó la figura de los “vicios de competencia” en la sentencia C-551 de 2003, desde la fijación de los límites del Congreso como poder constituyente secundario, al examinar la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, convocatoria a un referendo constitucional. Allí señaló que “Toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario”.²⁵ A esto agregó que en cuanto poder derivado, el de reforma tiene límites y está sujeto a controles, que permitan identificar aquellos casos en los que el Congreso ha procedido a sustituir o cambiar la Constitución. Así, “debe entenderse que la Constitución debe conservar *su identidad* en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan *la supresión* de la Constitución vigente *o su sustitución* por una nueva Constitución”²⁶ (énfasis añadido).

²⁵ Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica n° 28.

²⁶ Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica n° 34.

La Corte entendió, de esta manera, que la facultad de reformar el texto constitucional no conlleva la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. No obstante y a pesar de la afirmación, una cosa quedaba pendiente: ¿Cuál es el criterio de identificación de los vicios de competencia?, o en otras palabras, ¿cómo sabe el usuario que se está frente a un vicio de competencia, es decir, frente a una *sustitución o cambio* de la Constitución, y no frente a una simple reforma? La cuestión es abordada en la consideración jurídica n° 39 de la sentencia con regular fortuna, pues la Corte hace uso de la argumentación por el ejemplo, bajo la apariencia de una hipérbole. Según la Corporación, para saber si el Congreso incurrió en un vicio de competencia, es preciso tener en cuenta los principios y valores contenidos en la Carta, y así “por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (C.P. art. 1) por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue reemplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma”.²⁷ La Corte planteaba así el asunto, inicialmente, advirtiendo sin embargo que esta cuestión de los límites del poder de reforma a la Constitución sería examinada en fallos posteriores.

4.3.2. La formulación de un “test negativo” y el anuncio del *test de sustitución* en la sentencia C-1200 de 2003

El tema de los vicios de competencia del Congreso al reformar la Constitución, así como la distinción entre la reforma y la sustitución de la Constitución, fueron retomados en la desafortunada sentencia C-1200 de 2003, que examinó la acción de inconstitucionalidad propuesta en contra de los artículos 4° transitorio y 5° del acto legislativo n° 3 de 2002, por el cual se reformó otra vez la Fiscalía General de la Nación y el sistema acusatorio. Esas normas establecieron la práctica de evasión del control constitucional dispuesta por Álvaro Uribe, que consistió en el otorgamiento de facultades extraordinarias al presidente por medio de actos legislativos, para que expediera decretos presidenciales sobre materias prohibidas, para el caso, sobre materias con reserva de ley estatutaria, dando así lugar a la expedición de los “decretos estatutarios irregulares”, que tanto daño le causan al sistema. En opinión de los

²⁷ Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica n° 39.

demandantes, el otorgamiento de esas facultades mediante acto legislativo era inconstitucional.

El asunto fue asignado inicialmente al magistrado Jaime Araujo Rentería, cuyo proyecto fue derrotado en Sala, siendo entonces asignado a Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil, quienes finalmente plantearon la inhibición de la Corte por ineptitud de los cargos formulados por el demandante. Sin embargo y pese a la inhibición, avalaron la mañosa maniobra presidencial. Como punto de partida, la sentencia hizo el balance del precedente contenido en la sentencia C-551 de 2003, señalando que allí habían quedado claros cuatro asuntos: que era necesario diferenciar entre el poder constituyente, en sentido estricto, primario u originario, y el poder constituyente de reforma, derivado o secundario; que si bien la Constitución de 1991 no contenía cláusulas pétreas, tampoco autorizaba la sustitución integral de la Constitución; que en virtud del ejercicio del poder de reforma, puede ser modificada cualquier disposición constitucional, pero sin llegarse a la supresión o a la sustitución de la Carta vigente; y que para saber si el Congreso y su poder de reforma habían incurrido en un vicio de competencia, se debía analizar si la Carta fue sustituida por otra, para lo que deberían ser tenidos en cuenta los principios y valores constitucionales.

En lo que tuvo que ver específicamente con los criterios de distinción entre la *reforma* de la Constitución y su *sustitución*, el sector mayoritario adoptó una doble estrategia: de un lado, profundizó en la distinción analítica existente entre reforma y sustitución, recabando en los ejemplos de sustitución de la Carta contenidos en la sentencia C-551 de 2003 (i); y de otro lado, entró a diferenciar entre el control de constitucionalidad ordinario de fondo, que no debe ejercerse en el caso de las reformas constitucionales, y el control de constitucionalidad por sustitución, que debe ejercerse sobre los actos legislativos, para desde esa distinción establecer un “test negativo” que permitiría fijar los criterios y características del control por sustitución (ii).

En cuanto a la distinción analítica, la Corte diferenció entre lo que es *la violación* de la Constitución (que consiste en la contradicción entre una norma inferior y otra de tipo constitucional), y *la sustitución* de la Constitución, que consiste en reemplazar la Carta, exigiendo para esta “que el cambio sea de tal magnitud y trascendencia material que transforme a la Constitución modificada en una Constitución completamente distinta. En la sustitución no hay contradicción entre una norma y otra norma sino transformación de

una forma de organización política en otra opuesta”.²⁸ Así, se insistió en los mismos ejemplos contenidos en la sentencia C-551 de 2003, referidos a la oposición entre república y monarquía; democracia y dictadura; Estado de derecho y Estado totalitario, presentando una serie obvia de ejemplos de las que no son sustituciones de la Constitución.

En cuanto a los criterios de identificación de la sustitución constitucional, el sector mayoritario individualizó cinco de ellos, respecto de los cuales el usuario entendería estar ejerciendo el juicio de sustitución y no un simple juicio de violación de la Carta Política. De conformidad con el fallo, estos son:

- i. La reforma constitucional no puede ser tratada ni controlada de la misma manera como se trata y controla una simple ley.
- ii. En el ejercicio del control constitucional sobre la reforma, no pueden ser reconocidas ni erigidas cláusulas pétreas en la Constitución de Colombia.
- iii. Al ejercicio del poder de reforma de la Constitución no le pueden ser antepuestos “supuestos contenidos normativos supraconstitucionales intocables” (sic).
- iv. El ejercicio del control constitucional sobre la reforma no puede consistir en la simple comparación entre los contenidos originales de la Constitución de 1991 y los nuevos contenidos vertidos en la reforma constitucional.
- v. El control tampoco puede consistir en el señalamiento de excepciones o restricciones nuevas que se introduzcan en la Constitución, sin analizar si esas modificaciones, consideradas en conjunto, consisten en una sustitución de la Carta Política.

Finalmente, la Corte señaló que la construcción de una metodología específica que permita identificar los casos de sustitución sería articulada después, pues “no le corresponde a la Corte delinear dicho método en esta sentencia”.²⁹ Esa metodología consistiría en el test de sustitución, inicialmente presentado en las sentencias C-970 y C-971 de 2004.

²⁸ Sentencia C-1200 de 2003, M. M. P. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica n° 3.

²⁹ Sentencia C-1200 de 2003, M. M. P. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica n° 3.

4.3.3. La presentación del *test de sustitución de la Constitución* en las sentencias C-970 y C-971 de 2004

Comoquiera que el fallo anterior fue inhibitorio, los ciudadanos volvieron a demandar las mismas normas, es decir, los artículos 4º transitorio y 5º del acto legislativo nº 3 de 2002, que habilitaron al presidente para expedir toda clase de normas, incluyendo códigos y leyes estatutarias. Satisfaciendo el nuevo estándar fijado por la Corte para las demandas de inconstitucionalidad contra actos legislativos, los accionantes argumentaron que con las normas demandadas, había acontecido una sustitución de la Constitución y no su simple reforma, en la medida en que había sido vulnerado el marco democrático del Estado colombiano y la efectividad de sus principios (arts. 1º y 2º C.P.), así como el principio de separación de poderes y el libre ejercicio de la función legislativa (arts. 113 y 150.10 C.P., entre otros). Todo ello hasta considerar que la delegación en el presidente de la función legislativa, implicaba “un desdoblamiento en el ejercicio de la competencia reformadora”.

La Corte, otra vez con ponencia de los magistrados Cepeda y Escobar, antes de plantear el problema jurídico de caso, desarrolló el tema de su competencia para el control de los actos legislativos, reconstruyendo las reglas dispuestas en las sentencias C-551 de 2003 y C-1200 de 2003, reafirmando los límites del poder de reforma, como ejercicio del poder constituyente derivado. Resuelto lo anterior, la Corte se formuló la siguiente pregunta jurídica: ¿Se configuró un vicio de competencia por sustitución de la Constitución, cuando el artículo 4º transitorio del acto legislativo nº 3 de 2002 faculta al presidente para expedir normas legales, que incluyen códigos y leyes estatutarias, en la medida en que tal habilitación desconoce los principios de soberanía popular, separación de poderes y reserva de ley? Para resolver la cuestión, la Corte reiteró que hay sustitución de la Constitución, en aquellos eventos en los que se produce un cambio constitucional de tal manera significativo, que no puede sostenerse *la identidad* de la Constitución, insistiendo en que no basta la alteración de un principio fundamental, para hablar de sustitución de la Carta. Acto seguido, enunció lo que denominó “metodología para el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con cargos por sustitución de la Constitución”,³⁰ la que describió en tres pasos, así:

³⁰ Sentencia C-970 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica nº 4.

- a. Premisa mayor: la enunciación de aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo.
- b. Premisa menor: examen del acto acusado, para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución.
- c. Conclusión: contraste de las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento señalado por la Corte, “esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente”.³¹

En el análisis de los cargos, la Corte trabajó cada uno de los principios señalados por los accionantes, encontrando que no había acontecido sustitución alguna de la Constitución. En sentido contrario, los magistrados que salvaron el voto: Jaime Araujo Rentería, Jaime Córdoba Triviño, Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas, sostuvieron que el constituyente derivado había despojado al Congreso de la República de la potestad legislativa sobre materias respecto de las cuales existe reserva de ley, agregando que “la argumentación de la sentencia aprobada pone de manifiesto la inconstitucionalidad de la norma acusada por haberle transferido la competencia del Congreso al Presidente de la República, con serio quebrantamiento de las ramas del poder, lo cual resulta carente de validez constitucional por cuanto implica desconocimiento de su esencia del principio democrático”.³²

4.3.4. Redescirpción de los pasos estructurales del *test de sustitución* por la sentencia C-1040 de 2005

La presentación inicial del test de sustitución hecha en la sentencia C-970 de 2001, fue posteriormente redescrita y complementada en la sentencia C-1040 de 2005, que resolvía las demandas de inconstitucionalidad que habían sido propuestas en contra del acto legislativo n° 2 de 2004, el cual estableció la reelección presidencial de Uribe en Colombia. En este fallo, cada uno de los tres

³¹ Sentencia C-970 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica n° 4.3.

³² Salvamento de voto de los magistrados Jaime Araujo Rentería, Jaime Córdoba Triviño, Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas, a las sentencias C-970 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, y C-971 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

pasos básicos del test de sustitución fue a su vez subdividido, hasta articular siete elementos de evaluación. Fue esta además la primera ocasión específica de aplicación del test, declarándose la inexecutable por sustitución de la Constitución, de una habilitación que le había hecho el Congreso de la República al Consejo de Estado para que legislara, cuya inconstitucionalidad era bastante obvia.

Quienes declararon la inexecutable de la reforma constitucional para la reelección de Uribe (los magistrados Cepeda, Escobar, Monroy, Tafur y Vargas), admitieron que “el proceso de elaboración doctrinaria se encuentra en curso”, procediendo sin embargo a redescibir la estructura del *test de sustitución* de la siguiente manera:³³

- Premisa mayor, de tres pasos: según los magistrados del sector mayoritario, es “crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial”. Estos pasos son:
 - Enunciar “con suma claridad” cuál es el elemento esencial definitorio de la Constitución que fue reemplazado.
 - Señalar desde “múltiples referentes normativos” sus articulaciones específicas en la Constitución.
 - Mostrar por qué es esencial y definitorio ese elemento en la Constitución.
- Premisa menor: compuesta por dos verificaciones que operan a modo de carga argumental, de la siguiente manera:
 - Verificar si ese elemento definitorio no se reduce a un único artículo de la Constitución, pues si eso ocurre, no hay sustitución de la Carta, dado que la nuestra no contiene cláusulas pétreas.
 - Verificar que la identificación del elemento esencial no equivale a limitar el poder de reforma en nombre de un “intangibles”.
- Juicio de contraste o de verificación: este tiene dos pasos, a saber:
 - Determinar si el elemento esencial ha sido reemplazado o no por otro.
 - Determinar si el nuevo elemento esencial definitorio es tan diferente que resulta incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución.

³³ Sentencia C-1040 de 2005, varios ponentes, consideración jurídica nº 7.10.3.

Hecha así la presentación de los elementos constitutivos del *test de sustitución*, en lo que sigue se referencian los casos más notorios de su aplicación en Colombia.

5. Las aplicaciones concretas del *test de sustitución*

A efectos de evidenciar la manera como ha operado en concreto el *test de sustitución*, se reseñan sus aplicaciones más notorias, las cuales terminaron con declaratorias de inexecutableidad.

La primera aplicación del test de sustitución tuvo lugar por medio de la sentencia C-1040 de 2005, la cual examinó la constitucionalidad del acto legislativo n° 2 de 2004, que estableció la reelección presidencial en Colombia. Por medio de este acto, se reformaron los artículos 127, 152, 197 y 204 de la Constitución. Allí la Corte declaró que la reelección no sustituía la forma de Estado, ni el sistema de gobierno, ni el régimen político previsto en la Constitución de 1991. No obstante, se pronunció acerca del parágrafo del artículo 4° del acto, que establecía una habilitación al Consejo de Estado para que legislara:

Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.

El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.

Si el Congreso no expidiera la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia.

La sustitución de la Carta Política era allí muy obvia: el Congreso como constituyente derivado, en el mayor de los descaros, habilitaba al Consejo de Estado (un órgano judicial), para que legislara. Para el caso, la Corte Constitucional aplicó por primera vez el *test de sustitución* y declaró que esa habilitación constituía una sustitución parcial de la Constitución, en cuanto rompía la división de poderes, el sistema de contrapesos, la supremacía de la Constitución y el control que debe existir en un Estado constitucional, asumidos como elementos definitorios de la Carta. El Tribunal dijo, específicamente:

Para la Corte, la norma de la reforma anteriormente citada, al establecer un poder legislativo carente de controles, y sin origen, composición y funcionamiento democráticos, con la facultad de definir los derechos fundamentales determinantes para la distribución del poder público, le introduce a la Constitución un elemento que es integralmente diferente a los que definen la identidad de la Carta adoptada por la Asamblea Constituyente en representación del pueblo soberano en 1991. En efecto, un poder legislativo de esas características es integralmente diferente a un legislador sometido a la Constitución, elegido por el pueblo y representativo del pluralismo social y político, que se limita a legislar sin luego aplicar él mismo en controversias concretas la normas por él expedidas, y sometido a un sistema de frenos y contrapesos oportunos para evitar o invalidar la restricción arbitraria de los derechos constitucionales fundamentales de todos los colombianos. Además, para ejercer su competencia como legislador, el Consejo de Estado tendría que definir previamente si expide normas orgánicas que regulen su función de legislador, o si desplegará su actividad legislativa a su arbitrio, decisión de carácter igualmente legislativo que tampoco estará sometida a controles efectivos de ningún tipo.³⁴

³⁴ Sentencia C-1040 de 2005, varios ponentes, consideración jurídica n° 7.10.4.3.

Una segunda aplicación relevante del *test de sustitución* es la contenida en la sentencia C-141 de 2010, que declaró la inexequibilidad de la Ley 1354 de 2009, *Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional*, con la cual se buscaba la segunda reelección de Uribe. La norma específica respecto de la que fue aplicado el test de sustitución fue la siguiente:

Artículo 1. El inciso 1 del artículo 197 de la Constitución política quedará así:

“Quién haya sido elegido a la Presidencia de la república por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro período”.

Aprueba usted el anterior inciso

Sí: ()

No: ()

Voto en blanco ()

El histórico pronunciamiento –que evitó la continuidad de las prácticas de corrupción que se venían extendiendo, las cuales cuentan con sentencias condenatorias proferidas en la jurisdicción penal y han sido ampliamente divulgadas por la prensa nacional–³⁵ señaló como elementos definitorios que habían sido sustituidos, los siguientes: el sistema de gobierno, especialmente su forma alternativa, el régimen democrático y la forma republicana. La Corte dijo, específicamente:

De conformidad con lo visto, la separación de poderes y el régimen presidencial definen el sistema de gobierno instituido en 1991; la democracia participativa y pluralista, fundada en el pueblo integrado por la mayoría y por las minorías, es el régimen político instaurado

³⁵ Baste para el caso señalar algunos de los sucesos más notorios acontecidos que cuentan con fallos condenatorios proferidos por la jurisdicción penal: el homicidio sistemático de personas, llamado “falsos positivos”; la persecución de los magistrados de las salas Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia (de la Laboral no, ni del Consejo de Estado) por medio del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS); la corrupción explícita de la Dirección Nacional de Estupefacientes; la entrega corrupta de los dineros públicos en el Ministerio de Agricultura, siendo ministro un sujeto de nombre Andres Felipe Arias; o la orden de captura emitida a Luis Carlos Restrepo, delegado del presidente para la negociación con los paramilitares.

en la Carta vigente y el modelo republicano es la forma de gobierno decidida en 1991. Siendo así, la concentración del poder en el ejecutivo, el presidencialismo surgido de lo anterior, la prolongación del predominio de la mayoría que rodea al Presidente por un lapso superior al máximo permitido y la desfiguración de la concepción republicana, rempazan la forma política plasmada en la Carta actual, pues, según fue analizado, de esa forma política hacen parte el sistema de gobierno, el régimen político, la forma de gobierno y también la forma de estado que no fue objeto de estudio en esta ocasión.³⁶

Finalmente, puede ser reseñado un caso reciente de aplicación del test de sustitución, dispuesto en la sentencia C-1056 de 2012, que declaró inexecutable el acto legislativo n° 1 de 2011, por el que se adicionaba un parágrafo al artículo 183 de la Constitución, que establece las causales de pérdida de investidura de los congresistas. Lo que se estableció en ese parágrafo fue la desfachatez total, que eliminaba el conflicto de intereses de los parlamentarios como causal de pérdida de investidura.

Se presenta conflicto de intereses respecto de un parlamentario cuando la materia contenida dentro de un proyecto de ley o de reforma constitucional lo afecta o beneficia directamente, de modo tal que altera la objetividad o neutralidad que debe tener todo parlamentario en relación con los proyectos de norma. El Consejo de Estado lo ha definido con claridad al señalar que se presenta cuando hay “una concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla”.³⁷ En este sentido y en los casos en los que se presente el conflicto, el representante o senador debe declararlo y apartarse del debate y votación el proyecto, a riesgo de estar incurso en una causal de pérdida de investidura.

El asunto de la declaratoria del conflicto de intereses y sus consecuencias estaba claro hasta el trámite del acto legislativo n° 2 de 2004, el cual estableció la reelección de Uribe. El punto es que cuando se tramitó esa reforma cons-

³⁶ Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica n° 6.3.7.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de abril 28 de 2004. Radicado n° 1572, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, citado en la sentencia C-1056 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, consideración jurídica n° 6.2.2.

titucional, la mayoría de los parlamentarios del Partido Conservador y del Partido de la U tenían conflicto de intereses con el proyecto, pues sus familiares ostentaban cargos públicos en el Gobierno, designados directa o indirectamente por Uribe. No obstante, la mesa directiva de las cámaras dispuso una ingeniosa maniobra de “blanqueamiento” del conflicto, que en últimas permitió que esos parlamentarios votaran afirmativamente la reelección, a sabiendas de que eran beneficiarios directos de ella. Lo más desafortunado del asunto es que la Corte Constitucional cohonestó con la maniobra, por medio de la sentencia C-1040 de 2005, de modo tal que fue consumada.

Ahora bien, el triunfo de esa irregularidad llenó de entusiasmo a los parlamentarios, quienes a toda velocidad tramitaron y aprobaron el acto legislativo n°1 de 2011, *Por el cual se adicionaba el párrafo del artículo 183 de la Constitución Política*, disponiendo:

Artículo 1. Adicionase el párrafo del artículo 183 de la Constitución Política, con el siguiente inciso que será el primero:

La causal 1 en lo referido al régimen de conflicto de intereses no tendrá aplicación cuando los Congresistas participen en el debate y votación de proyectos de actos legislativos.

La norma fue demandada y, en decisión dividida de cinco votos (de los magistrados Pinilla, Calle, Palacio, Vargas y Mendoza) contra cuatro (de los magistrados González, Guerrero, Pretelt y Julio), fue declarada la inexecutable de la reforma, por sustituir la Constitución. En el fallo pueden ser identificadas dos grandes zonas. En la primera de ellas, la Corte reconstruye la doctrina sobre los vicios de competencia hasta el señalamiento de los tres elementos que deben ser considerados al hacer el control sobre la reforma; mientras que en la segunda zona, procedió a la aplicación concreta del *test de sustitución*. Respecto del primer asunto, es decir, del señalamiento de los tres elementos que deben ser considerados al ejercer el control sobre las reformas constitucionales, la Corte precisó desde la sentencia C-288 de 2012,³⁸ que ese análisis constitucional debe estar regido por tres pautas concretas, a saber:³⁹

³⁸ Sentencia C-288 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁹ Sentencia C-1056 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, consideración jurídica n° 5.4.

- a. La cualificación de la acción pública de inconstitucionalidad. De acuerdo con este criterio, el ciudadano que intente una acción de inconstitucionalidad contra un acto legislativo, debe satisfacer una carga de argumentación superior a la del control ordinario de constitucionalidad, y en caso de no ser satisfecha, conducirá a sentencia inhibitoria.
- b. La precisión conceptual sobre el juicio de sustitución. Este criterio exige que el accionante entienda que no se trata de mostrar la “violación” de la Constitución (en la que se confronta una simple ley con la Constitución), sino de evidenciar la “sustitución” de la Carta Política (en la que se confrontan dos normas de igual jerarquía: el acto legislativo aprobado, y ahora atacado, y el resto de la Constitución). En caso de no estar esto claro y de no satisfacerse la distinción, entonces el resultado será nuevamente la expedición de un fallo inhibitorio.
- c. La sujeción a una metodología particular para llevar a cabo el juicio de sustitución, es decir, la sujeción al *test de sustitución*. Este último criterio exige que el accionante haga el cargo y argumente, haciendo uso de dicha metodología, es decir, señalando las premisas, sus contenidos y sus componentes, para desde allí derivar la conclusión del razonamiento aplicado. Debe precisarse que la aplicación de la metodología no es una opción, sino una obligación, y que debe ser explícita, es decir, que debe ser desarrollada paso a paso, tal y como lo exige la aplicación de cualquier test constitucional.

Fijados los criterios, la Sala procedió a la aplicación del *test de sustitución*, estableciendo en la premisa mayor, como elementos definitorios de la Constitución que podían verse afectados con la reforma, el principio democrático, la prevalencia del interés general y la justicia y el bien común, como desarrollo del principio de moralidad, para concluir más adelante, después de la aplicación de la metodología, que “el Acto Legislativo 1 de 2011 sustituye la Constitución en razón de la incompetencia del Congreso para expedirlo, en cuanto: i) garantiza la no sanción de los conflictos de interés en el trámite de los actos legislativos, lo que configura un grave comportamiento contrario a los principios constitucionales; ii) desvirtúa e inutiliza un aspecto o causal de la institución de la pérdida de investidura, mecanismo por excelencia para luchar por la depuración de las costumbres políticas dentro del marco axiológico establecido por la Constitución de 1991, y iii) permite la fácil expedición

de otros actos legislativos a través de los cuales se lesionaría la separación de poderes y podrían desmontarse e inutilizarse varias otras importantes instituciones de la carta política. Estas razones conducen a declarar inexecutable a partir de la fecha la norma acusada”.⁴⁰

⁴⁰ Sentencia C-1056 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, consideración jurídica n° 8.

Capítulo IV

El control sobre las leyes que convocan referendos constitucionales

Esta modalidad del control es una de las novedades de la Constitución de 1991 sobre la materia, y se corresponde con la inclusión de los mecanismos de participación del pueblo previstos en el artículo 103 de la Carta Política, entre los que figura el referendo.

Hasta el año 2013, tan solo había sido perfeccionado un referendo constitucional, el contenido en el acto legislativo n° 1 de 2004, desarrollado durante la presidencia de Álvaro Uribe, que tras soportar altísimos costos económicos y políticos, finalmente condujo a la intrascendente reforma del inciso quinto del artículo 122 de la Constitución, relacionado con la pérdida de derechos políticos de los congresistas. Sin embargo y pese a los resultados, el referendo constitucional sigue contando con algún prestigio entre los políticos y los ciudadanos, lo que ha conducido a repetidos intentos de convocatoria y perfeccionamiento.

Para examinar esta clase de control, en primer término se hace una presentación general del referendo, ubicándolo entre los mecanismo de participación ciudadana establecidos en la Constitución de 1991, para desde allí y en segundo lugar, trabajar específicamente el referendo constitucional como instrumento de reforma de la Carta Política, determinando sus elementos, fases y estructura. En la tercera sección se reconstruyen los principales intentos de referendo tramitados en Colombia, para finalmente y en cuarto lugar, analizar el control de los referendos constitucionales en sus dos mecanismos convergentes: el control oficioso sobre la ley que convoca al referendo constitucional, y el control por acción pública de inconstitucionalidad contra los actos legislativos aprobados mediante referendo constitucional.

1. El referendo y los mecanismos de participación ciudadana establecidos por la Constitución de 1991

La participación es uno de los ejes centrales de la Constitución Política. Así, inicialmente, se la enuncia como principio constitucional en el Preámbulo y en los artículos 1º, 2º y 3º del texto, para luego ser formulada como derecho fundamental en el artículo 40, que establece el derecho a participar en el ejercicio y control del poder político. La participación es también un componente de los llamados “derechos económicos sociales y culturales”. Así, el artículo 48 la contempla como incremento progresivo en la seguridad social, el artículo 49 como incremento progresivo en el derecho a la salud, mientras que el artículo 68 prevé la participación de la comunidad en la dirección de las instituciones de educación, para finalmente incluirla también dentro de los derechos colectivos, en el artículo 78, como participación de los usuarios y de los consumidores en las decisiones que los afectan.

Más adelante, la participación aparece en el artículo 103 en los mecanismos de participación ciudadana, y luego da paso a la participación electoral, el régimen de partidos y el régimen de elecciones, involucrando la totalidad de las normas modificadas por las reformas políticas contenidas en el acto legislativo nº 1 de 2003 y el acto legislativo nº 1 de 2009. Finalmente, la participación se da al nivel del control constitucional en los artículos 241 y 242 de la Carta, donde se prevé la participación de los intervinientes en los procesos de constitucionalidad, así como en los desarrollos del régimen territorial, presente en la elección popular de alcaldes, de gobernadores y de los órganos de representación prevista en los artículos 303 y 314, aunada a la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones en los asuntos de carácter local.¹ Una de las mayores concreciones de la participación es la dispuesta en el artículo 103 de la Carta, que enumera los principales mecanismos de participación ciudadana, incluyendo al referendo como uno de ellos:

Artículo 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

¹ Acerca de la participación en el régimen constitucional colombiano ver, de Gloria Rodríguez y Lina Muñoz: *La participación en la gestión ambiental*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

A continuación se hace una presentación general de cada uno de esos mecanismos, acentuando las diferencias existentes entre ellos y el contenido normativo del referendo, que es el objeto de estudio específico de esta sección.

1.1. El voto

El voto es a la vez un derecho fundamental y un mecanismo de participación ciudadana. En este sentido, el artículo 40 de la Constitución, que contiene los derechos políticos, señala que todos los ciudadanos pueden “elegir y ser elegidos”, así como “tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática”. Como características generales del voto se dice que es igualitario, universal y secreto.

No obstante y como mecanismo de participación ciudadana, el voto se refiere específicamente a la institución del *voto programático*, introducida por la Constitución de 1991, siempre puesta en relación con otro mecanismo de participación: la revocatoria del mandato. El voto programático en Colombia es todo un avance y se inscribe en el programa de la democracia deliberativa, que implica una nueva concepción alrededor de tres instituciones: el candidato, el programa de gobierno y el elector.

En lo que tiene que ver con el candidato, la idea es que este sea el oferente y eventual ejecutor de un programa de trabajo y de gobierno, en lugar de ser un simple caudillo local o un seductor político. Se trataría de un sujeto que promete a los electores la ejecución de unas tareas y la obtención de unos ciertos resultados. En segundo término, el programa de gobierno pasa a ser el elemento central. Consiste en un documento que debe acompañar la inscripción del candidato y contiene el conjunto de tareas y ejecuciones que llevará a cabo en caso de resultar elegido. Esto es muy importante, pues nace allí la obligación jurídica y política de cumplir lo prometido en el programa, pues en caso contrario, se dará lugar a la revocatoria del mandato. Finalmente, está el elector o votante, ahora concebido como un sujeto racional, cuya decisión no depende de las pasiones políticas, la imagen del caudillo o las emociones, sino del proceso deliberativo de escoger entre los distintos programas que ofrecen los candidatos, el que le parezca mejor o más adecuado para su comunidad. De esta manera, el voto respondería al programa de gobierno escogido y no a una emoción electoral.

El régimen normativo del voto programático está regido por el artículo 259 de la Constitución, según el cual, “Quienes elijan gobernadores y alcaldes,

imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático”, siendo esa Ley la 131 de 1994, estatutaria, de apenas 16 artículos, dos de ellos declarados inexecutable por la Corte Constitucional.² Alrededor de este punto, Rey afirma que “De las catorce disposiciones restantes, sólo cuatro reglamentan el voto programático, porque las otras diez se ocupan de la revocatoria del mandato. El legislador, como suele suceder en este tema, confundió la institución del voto programático con su principal técnica de garantía (la revocatoria del mandato), y privilegió, normativamente hablando, la segunda sobre la primera”.³

1.2. El plebiscito

Este es un mecanismo de participación de *contenido político*, utilizado para llenar de legitimidad las decisiones que sobre temas de poder tome el presidente de la República. La Ley 134 de 1994 lo define en los siguientes términos:

Artículo 6. El plebiscito. El plebiscito es el pronunciamiento del pueblo convocado por el Presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una decisión del Ejecutivo.

Colombia no ha sido en general tierra para hacer plebiscitos. A la reforma de la Constitución de 1886, realizada en el año 1957 se la llama coloquialmente “el plebiscito del 57”, pero por su contenido normativo, se trató propiamente de un referendo. Los plebiscitos son riesgosos, pues en caso de salir derrotada la iniciativa del presidente, su legitimidad y los márgenes de gobernabilidad se estrecharían. Así, por ejemplo, la negociación que Uribe hizo con los paramilitares debió ser sometida a plebiscito.

1.3. El referendo

El referendo es un mecanismo de participación de *contenido normativo*, es decir, que fue creado y diseñado para que el pueblo decida si se incluye una nueva norma jurídica al sistema, o si por el contrario, se la expulsa. En pala-

² Sentencia C-011 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³ Felipe Rey: *El voto programático. Mecanismos para el cumplimiento de las propuestas políticas en Colombia*, tesis de maestría, Bogotá: Universidad del Rosario, 2012, sin publicar.

bras de la Corte Constitucional, “es una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo”.⁴ La Ley 134 de 1991 lo define así:

Artículo 3. Referendo. Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente.

Parágrafo. El referendo puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local.

Se trata de un mecanismo complejo, arduo y costoso, que en Colombia tan solo ha operado en el nivel nacional, por la vía de los referendos constitucionales. El referendo suele ser clasificado de muchas maneras y dentro de esta comprensión, la referida ley diferencia entre el referendo aprobatorio (encaminado a poner en vigencia una norma nueva en el sistema) y el referendo derogatorio (encaminado a dejar sin vigencia una norma ya existente):

Artículo 4. Referendo derogatorio. Un referendo derogatorio es el sometimiento de un acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de un acuerdo o de una resolución local en alguna de sus partes o en su integridad, a la consideración del pueblo para que éste decida si lo deroga o no.

Artículo 5. Referendo aprobatorio. Un referendo aprobatorio es el sometimiento de un proyecto de acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de acuerdo o de una resolución local, de iniciativa popular que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente, a consideración del pueblo para que éste decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente.

El referendo nacional puede ser de dos clases: el referendo legal o sobre leyes y el referendo constitucional, previsto en el artículo 378 de la Constitución como uno de los mecanismos de reforma constitucional, que es el objeto de estudio en este capítulo.

⁴ Salvamento de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil a la sentencia SU-1122 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

1.4. La consulta popular

Mediante este mecanismo se indaga también al pueblo, pero sobre un asunto de *contenido general*, que revista importancia para una comunidad. La ley de participación lo define así:

Artículo 8. Consulta popular. La consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el presidente de la república, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto.

En todos los casos la decisión del pueblo es obligatoria.

Cuando la consulta se refiera a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, las preguntas serán sometidas a consideración popular mediante ley aprobada por el Congreso de la República.

A la fecha no ha sido realizada ninguna consulta popular en el nivel nacional y tan solo permanece como ejemplo emblemático la consulta popular del “día sin carro” realizada en Bogotá, convocada por el alcalde mayor de esa ciudad mediante el decreto de la Alcaldía 834 de 2000 y llevada a cabo el 29 de octubre del mismo año. Por medio de ella los ciudadanos aprobaron “prohibir la circulación de vehículos automotores en la ciudad de Bogotá el primer jueves del mes de febrero de todos los años en el horario comprendido entre las 6:30 a.m. y las 7:30 p.m.”.

1.5. El cabildo abierto

He aquí una figura interesante que no ha tenido mayores desarrollos por culpa de los propios ciudadanos, pues ha ocurrido que algunos de los cabildos abiertos convocados, hayan terminado en zambras y reyertas entre los oponentes políticos. La definición normativa es la siguiente:

Artículo 9. Cabildo abierto. El cabildo abierto es la reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad.

1.6. La iniciativa legislativa

Este mecanismo de participación es muy importante, opera en los distintos niveles de la división política del territorio y aun de la administración, y está estrechamente vinculado con el referendo, en la medida en que el referendo constitucional puede ser de iniciativa institucional (el Gobierno) o de iniciativa popular (los ciudadanos). El artículo 2º de la ley estatutaria de los mecanismos de participación lo define así:

Artículo 2. Iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas. La iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas es el derecho de un grupo de ciudadanos de presentar Proyecto de Acto Legislativo y de ley ante el Congreso de la República, de Ordenanza ante las Asambleas Departamentales, de Acuerdo ante los Concejos Municipales o Distritales y de Resolución ante las Juntas Administradoras Locales, y demás resoluciones de las corporaciones de las entidades territoriales, de acuerdo con las leyes que las reglamentan, según el caso, para que sean debatidos y posteriormente aprobados, modificados o negados por la corporación pública correspondiente.

Este mecanismo aplica para el caso de los referendos constitucionales. Estos pueden ser de origen gubernamental o de iniciativa popular.

1.7. La revocatoria del mandato

Esta es otra institución nueva establecida por la Carta de 1991 y está muy vinculada a la figura del voto programático, hasta el punto de ser realmente la garantía que puede dar efectividad a esa clase de voto. El mecanismo es definido en el artículo 6º de la ley a la que se viene haciendo referencia:

Artículo 6. Revocatoria del mandato. La revocatoria del mandato es un derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde.

Para la Corte Constitucional la revocatoria del mandato es la forma más directa de ejercicio del control político en Colombia, y permite verificar el cumplimiento del programa de gobierno propuesto a los electores por los

candidatos a alcaldes o gobernadores. Las normas reguladoras de la figura son la leyes 131 de 1994, 134 de 1994, 741 de 2002, y se espera el Estatuto de Participación Ciudadana, que para finales de 2012 se tramitaba como proyecto de ley estatutaria, y debe señalarse que tras dieciocho años de existencia no ha tenido lugar ni una sola revocatoria en Colombia, lo que evidencia su ineficacia. De acuerdo con la sentencia C-179 de 2002, el titular del derecho a revocar el mandato es el conjunto del electorado habilitado para votar, y no simplemente aquellos que hubiesen participado en la elección del mandatario, como se sostenía con anterioridad.

Algo que debe quedar muy en claro, es que la revocatoria del mandato se refiere única y exclusivamente al cumplimiento del programa ofrecido por el candidato, y no a la antipatía o animadversión que este pueda despertar a los habitantes de una ciudad o departamento, o a sus propios electores. Así, la Corte puntualizó que el mecanismo “*se restringe a la verificación del cumplimiento del programa propuesto, y no a otras causas de insatisfacción con la gestión del gobernante*. La revocatoria no es ni puede llegar a ser simplemente el medio para anticipar las elecciones, propuesto por los opositores del mandatario”⁵ (énfasis añadido).

2. El referendo constitucional. Fases y estructura

El referendo constitucional fue establecido en el artículo 374 de la Carta Política como uno de los tres mecanismos para reformar la Constitución. Su régimen general está previsto en el artículo 378 de esta:

Artículo 378. Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente. La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y

⁵ Sentencia C-179 de 2012, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral.

Se trata propiamente de un acto jurídico de carácter complejo, conformado por muchos pasos y trámites, en el que intervienen numerosas autoridades públicas y el propio pueblo, destinado a introducir normas nuevas en la Constitución, o a derogar algunas de las ya existentes. Tomando como modelo el referendo constitucional de origen popular, la Corte identificó seis etapas de su desarrollo: la iniciativa popular; la aprobación de una ley que incorpora el texto de articulado que recibió los apoyos ciudadanos; la revisión de la Corte Constitucional; sanción presidencial; convocatoria del pueblo para que se manifieste a favor o en contra de la reforma; y entrada en vigencia. A efectos expositivos, este texto sectoriza el trámite y perfeccionamiento del referendo constitucional en cuatro etapas: la fase de la iniciativa, que puede ser gubernamental o popular (i); la fase legislativa (ii); la fase judicial (iii) y la fase ejecutiva y electoral (iv).

Debe precisarse con la Corte que es necesaria una comprensión integral de la totalidad del referendo, comoquiera que “las diversas etapas que concurren a la formación final del acto legislativo no pueden ser consideradas de modo individual y aislado del procedimiento constitucional, sino que se trata de unos actos jurídicos que integralmente forman parte de un procedimiento complejo de reforma constitucional”.⁶

2.1. La fase de la iniciativa

De conformidad con el artículo 378 de la Constitución, solo dos sujetos son titulares de la iniciativa para el trámite del referendo constitucional: el Gobierno (caso en el cual se habla del referendo de iniciativa gubernamental) y el pueblo (caso en el cual se habla del referendo de iniciativa popular), siendo el trámite de la iniciativa en uno y otro caso, de distinta entidad.

2.1.1. El referendo de origen gubernamental

El primer legitimado para presentar proyectos de ley de convocatoria para un referendo constitucional es el Gobierno, y esa facultad no se agota en la sola presentación del proyecto de ley, sino que en virtud entre otros del artículo

⁶ Sentencia C-1121 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas.

160 de la Ley 5ª de 1992, se incluye la posibilidad de que el Gobierno pueda “dentro de ciertos límites” introducir adiciones o modificaciones al proyecto que originalmente radicó, siempre y cuando estas sean presentadas antes del cierre de la discusión en la comisión respectiva, y se respete la regla de unidad de materia. Adicionalmente, la Corte en la sentencia que examinó el primer referendo promovido por Álvaro Uribe, se refirió al límite común que tienen tanto el Gobierno como el Congreso respecto de la iniciativa, según el cual, después de presentado el proyecto, solo se puede introducir modificaciones o adiciones que guarden una relación o conexidad razonable con los temas propuestos, bajo riesgo de inconstitucionalidad.

Adicionalmente, dentro del mismo fallo y en similar línea de argumentación, la Corte, al referirse a la facultad que tiene el Congreso de adicionar o modificar la iniciativa legislativa del Gobierno, agregó que “el Congreso puede modificar, sin necesidad de autorización alguna, las regulaciones sobre los temas planteados por el gobierno, pero no puede introducir temas nuevos, que no hayan sido propuestos por el gobierno, porque en ese evento efectivamente estaría desconociendo la reserva de la iniciativa”.⁷

2.1.2. El referendo de origen popular

El segundo legitimado para estos proyectos de ley es el pueblo, materializado en “un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva”, según lo establece el artículo 155 de la Constitución. Se discutió en su momento si en el referendo constitucional el pueblo actuaba como constituyente primario (lo que implicaría no tener límites en el ejercicio de su competencia) o como constituyente secundario. La tesis de la Corte es que en estos eventos el pueblo actúa como poder constituyente derivado, y por lo mismo, su actividad es reglada, sometida a la Constitución, “pues, de los distintos mecanismos contemplados en el artículo 374 constitucional, el único que no está sujeto a límites de competencia es una Asamblea Nacional Constituyente, siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta...”⁸ (1.6.4.).

El punto es que se trata de un trámite reglado, que se surte por etapas y que la inobservancia de esas reglas y esas etapas conduce a la configuración de un

⁷ Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica nº 76.

⁸ Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica nº 1.6.4.

vicio de forma en el trámite de la ley. Para el año 2009, en el que se tramitó el referendo para la segunda reelección de Uribe, las normas que regían el trámite de la iniciativa eran, además de la Constitución: la Ley 134 de 1994, estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana; la Ley 130 de 1994, estatutaria de los partidos y movimientos políticos; el Decreto 1010 de 2000, que determina la estructura y funcionamiento de la Registraduría Nacional del Estado Civil; el Decreto 895 de 2000, que reglamenta la ley estatutaria de los mecanismos de participación; y las diversas resoluciones expedidas sobre el tema por la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral.

En lo que tiene que ver concretamente con el trámite de la iniciativa popular del referendo constitucional, la Corte identificó un total de siete etapas, que son las siguientes:

- i. Conformación de un Comité de Promotores del referendo.
- ii. Inscripción ante la Registraduría Nacional del Estado Civil del comité y de la solicitud de referendo.
- iii. Verificación por parte de la Registraduría del cumplimiento de los requisitos legales e inscripción de la solicitud de iniciativa ciudadana.
- iv. Entrega al vocero del comité del formulario de suscripción de los apoyos.
- v. Recolección manual de los apoyos ciudadanos.
- vi. Entrega a la Registraduría de los formularios diligenciados y de los apoyos, dentro del término legal.
- vii. Expedición por el registrador nacional del Estado Civil de las certificaciones de que tratan los artículos 24 y 27 de la ley estatutaria de los mecanismos de participación.

Respecto de esta última etapa, debe precisarse que se trata de dos certificaciones distintas que deben ser satisfechas, a efectos de no incurrir en vicios de forma. La primera de ellas consiste en una certificación del registrador respecto de los respaldos y el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales de apoyo a la iniciativa, mientras que la segunda se relaciona con la certificación del cumplimiento total de los requisitos exigidos por la totalidad de las leyes y normas concurrentes, para de esta manera, poder dar paso a la segunda fase, la legislativa, del referendo constitucional. La anterior sectorización y el cumplimiento de sus reglas son decisivos. De hecho, la ley que convocaba al referendo para la segunda reelección de Uribe fue declarada

inexequible, entre otras razones, por la configuración de un vicio de forma en esa etapa.

2.2. La fase legislativa

En el caso del referendo de iniciativa popular, la primera etapa culmina con la certificación a la que se refiere el artículo 27 de la ley estatutaria de los mecanismos de participación, y justamente con ella debe ser radicado el proyecto de ley ante la Secretaría del Senado o de la Cámara, dando así comienzo a la fase legislativa del referendo constitucional. De lo que se trata en adelante es de la expedición de una ley, por medio de la cual se convoque al pueblo, para que apruebe o no el texto normativo que le es propuesto.

La fase legislativa del referendo puede ser presentada de dos maneras: de un modo general, denotando las características genéricas de esta clase de ley, y de un modo específico, precisando puntualmente los elementos constitutivos de la ley de convocatoria que le servirán a la Corte Constitucional para efectuar el examen de forma de esa ley. Como características y requisitos *generales* de la ley que convoca al referendo, pueden fijarse los siguientes, algunos de ellos ya mencionados:

- i. La iniciativa debe ser presidencial o ciudadana. En este último caso debe estar apoyada por el 5% del total de ciudadanos habilitados, de acuerdo con el censo electoral vigente.
- ii. Durante el trámite y aprobación, se requiere el voto afirmativo de la mayoría de los miembros de una y otra cámara en cada uno de los debates.
- iii. El proyecto de ley y la ley que convoca deben ser presentados de modo tal que los electores puedan determinar mediante un “sí” o un “no”, lo que votan afirmativa o negativamente.
- iv. De acuerdo con el artículo 227 de la Ley 5ª de 1992, al trámite de la ley que convoca al referendo, le son aplicables las disposiciones relacionadas con las leyes ordinarias, en lo que no se oponga con el trámite constituyente;
- v. Aprobada la ley por el Congreso, pasa a control automático de la Corte Constitucional, de conformidad con el numeral 2º del artículo 241 de la Constitución;
- vi. Para la aprobación final del referendo, el artículo 378 de la Carta exige el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que

el número de votantes exceda la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral.

No obstante y al lado de las características generales del referendo y de la ley que lo convoca, la Corte Constitucional precisó cada uno de los componentes *específicos* del trámite legislativo de esa ley, los cuales deben ser observados, so pena de incurrir también en vicio de forma. Tales pasos y componentes son los siguientes:⁹

- i. Presentación del proyecto de ley. De acuerdo con el artículo 139 de la Ley 5^a de 1992, debe hacerse ante la Secretaría General del Senado o de la Cámara de Representantes, por parte del representante del comité de promotores del referendo.
- ii. Comprobación del cumplimiento de requisitos, publicación y asignación a la Comisión Permanente. Recibido el proyecto por la Secretaría, debe ser remitido a la Presidencia de la Corporación, la cual verificará el cumplimiento de los requisitos, de conformidad con el artículo 145 de la Ley 5^a de 1992 (entre ellos, la presencia de las certificaciones de los artículos 24 y 27 de la ley estatutaria). En caso de satisfacer los requisitos, el proyecto deberá publicarse en la *Gaceta* del Congreso y asignarse a la Comisión Primera, que es la competente para reformas constitucionales.
- iii. Designación de ponentes. Recibido el proyecto por la Comisión Primera, la mesa directiva deberá designar el ponente o los ponentes, quienes elaborarán el informe de ponencia, el cual reflejará la postura de las bancadas. Dicho informe debe terminar con una proposición acerca de “debatir el proyecto”, “archivarlo” o “negarlo”.
- iv. Debates en comisión y plenaria. El artículo 94 de la Ley 5^a de 1992 define el debate como “el sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación”. Debe ser abierto por el presidente y termina con la votación, que puede acontecer en una sesión posterior.
- v. Enmiendas o modificaciones introducidas al proyecto. A las modificaciones de los proyectos de ley se las denomina “enmiendas”

⁹ La secuencia de los once pasos que a continuación se presentan es tomada de la sección 4.2. de la Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto.

o “proposiciones aditivas”, y deben estar circunscritas a los temas del proyecto presentado, de modo tal que no se altere su identidad. Pueden ser presentadas por escrito antes del cierre del debate, por cualquier parlamentario e incluso por los ministros, de acuerdo con el artículo 158 de la Ley 5ª de 1992. En el caso específico de los referendos de iniciativa popular, si bien el Congreso puede introducir modificaciones al texto propuesto por el pueblo, su intervención tiene límites, los cuales fueron precisados por la Corte, así: “iv. La manifestación práctica de dichos límites será la imposibilidad de sustituir, suplantar o tergiversar la voluntad ciudadana manifestada en el proyecto presentado y, por consiguiente, la imposibilidad de presentar y aprobar enmiendas que cambien por completo el sentido de lo apoyado por los ciudadanos”.¹⁰

- vi. Los principios de identidad relativa y consecutividad. El primero de estos implica que a lo largo de los cuatro debates, sea mantenido *sustancialmente* el mismo proyecto, de modo tal que las modificaciones no terminen por convertirlo en otro. Respecto del principio de consecutividad, la Corte hizo tres exigencias: que las comisiones y las plenarios deben discutir todos los temas que hayan sido propuestos ante ellas (i), que el debate de los asuntos propuestos en las comisiones o las plenarios no sea pospuesto para etapas posteriores (ii), y que la totalidad del articulado propuesto para primero o segundo debate, y sus proposiciones, deban discutirse, aprobarse o improbarse en la instancia legislativa en la que son sometidos a consideración (iii).
- vii. Anuncio previo a las votaciones. Este fue introducido por el artículo 8º del acto legislativo nº 1 de 2003. Este anuncio debe señalar la sesión en la que se llevará a cabo la votación y fue establecido para evitar manipulaciones o sorpresas en las votaciones.
- viii. Lapso entre debates. Establecido en el artículo 160 de La Constitución, dispone que “entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días”. La Corte ha dicho que no deben contarse los días de finalización del debate, ni el de

¹⁰ Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica nº 4.2.5.1.

su inicio, y que la finalidad de la figura es la de asegurar la reflexión alrededor de las iniciativas.

- ix. Votaciones. El artículo 378 exige que la ley de convocatoria al referendo constitucional sea aprobada por lo que el artículo 117 de la Ley 5^a de 1992 denomina *mayoría absoluta*, es decir, por “la mayoría de los miembros de ambas cámaras”, con voto nominal y público.
- x. Comisiones accidentales de conciliación. Están previstas en el artículo 161 de la Constitución, así como en los artículos 186 a 189 de la Ley 5^a de 1992. Su finalidad es la de unificar los textos que han surtido la totalidad del trámite legislativo, de modo tal que puedan ser superadas las “discrepancias” que en ellos subsistan. De acuerdo con la Corte, se entiende por discrepancia “toda diferencia que varíe el sentido de un proyecto de ley”, siendo diferencias con entidad sustancial suficiente como para hacer pensar que se trata de textos diferentes.
- xi. Sanción y publicación de la ley. La regla del artículo 157 de la Constitución señala que una vez aprobado por el Congreso, el proyecto de ley pasa a sanción presidencial y luego a promulgación, mediante su publicación en el *Diario Oficial*. En el caso específico de la ley que convoca al referendo constitucional, el texto una vez publicado es remitido a la Corte Constitucional para su control.

2.3. La fase judicial del referendo constitucional

Se trata de un control automático que opera de plano y posteriormente, en la medida en que acontece después de la expedición de la ley que convoca al referendo. La norma de referencia es el numeral 2º de artículo 241 de la Constitución, que le asigna a la Corte Constitucional la función de

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

Refiriéndose a la totalidad del control que recae sobre el referendo constitucional, la Corte ha dicho que “la Constitución ha establecido un control reforzado, porque además del control automático que ejerce la Corte sobre la ley mencionada, es viable la acción pública de inconstitucionalidad contra el

acto reformatorio de la Constitución”.¹¹ De esta manera, sobre el referendo recae un control reforzado, que opera en dos momentos distintos: el del numeral 2º del artículo 241, que es un control automático, de oficio y posterior al acto de convocatoria al referendo, es decir, a la ley, y el del numeral 1º del artículo 241 y del artículo 379 de la Constitución, que opera sobre el acto legislativo ya aprobado, que es un control por vía activa, por demanda ciudadana y posterior a la votación del texto.

Las experiencias nacionales alrededor de este control son las siguientes: la Ley 796 de 2003, cuyo control automático y previo fue ejercido por la sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, y el control posterior por demanda ciudadana, mediante las sentencias C-873 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, y C-1121 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas. El mecanismo de control previsto en el numeral 2º del artículo 241 de la Constitución fue ejercido de nuevo por la Corte Constitucional en dos ocasiones: en la sentencia C-397 de 2010,¹² que declaró la inexequibilidad de la Ley 1327 de 2009, por la que se convocaba a un referendo constitucional destinado a establecer la cadena perpetua en los casos de delitos sexuales contra niños; así como en la sentencia C-141 de 2010,¹³ que efectuó el control de constitucionalidad sobre la Ley 1354 de 2009, la cual convocaba a un referendo constitucional sobre reelección.

Como se señala en el enunciado, la competencia de la Corte Constitucional está limitada al examen de los “vicios de procedimiento en su formación”, lo que involucra dos modalidades: el examen de los vicios durante el trámite legislativo, así como al examen de los vicios de competencia en que hubiere podido incurrir el Congreso.

2.4. Fase ejecutiva y electoral del referendo constitucional

La fijación de la fecha para la realización del referendo es regulada por el artículo 34 de la Ley 134 de 1994, estatutaria de los mecanismos de participación, y prevé que expedida la ley y proferida la sentencia de la Corte, “el Gobierno nacional, departamental, distrital, municipal o local correspondiente, convocará al referendo mediante decreto, en el término de ocho días, y adoptará las demás disposiciones necesarias para su ejecución”. En el caso del referendo

¹¹ Corte Constitucional, Sala Plena: Auto nº 001 del 20 de enero de 2003.

¹² Sentencia C-397 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹³ Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto.

celebrado en el año 2003, la Corte, en el texto de la sentencia C-551 de 2003, fijó la oportunidad para realizar la votación, y con base en ello, fue expedido el Decreto 2000 de 2003, por el que el presidente de la República convocó a la realización de una votación para el día 25 de octubre de 2003, de un texto que en la ley aprobada por el Congreso constaba de diecinueve numerales con sus preguntas y que tras el control de la Corte quedó reducido a quince iniciativas sometidas a votación.

Registrada la votación, fue tan solo aprobada una de las reformas previstas, por lo demás, absolutamente inane. Así, el Consejo Nacional Electoral expidió la Resolución n° 001 de enero 2 de 2004, declarando que tan solo el numeral 1° del artículo 1° de la Ley 796 de 2003, genéricamente denominado “pérdida de derechos políticos”, había alcanzado el umbral de participación, para luego convertirse en el acto legislativo n° 1 de 2004, por medio del cual se reformó parcialmente el artículo 122 de la Constitución Política, en el despliegue de una actividad que tan solo en la fase electoral costó más de ochenta mil millones de pesos.

3. Los referendos constitucionales tramitados en Colombia

En vigencia de la Constitución de 1991 han sido hechos varios intentos de reforma constitucional por la vía del referendo, habiéndose perfeccionado tan solo uno de ellos, el materializado en el acto legislativo n° 1 de 2004. El poco éxito de la figura tiene varias causas, entre las que destacan los problemas de diseño, que dificultan el trámite de la iniciativa; las exigencias de un gran esfuerzo institucional y ciudadano, necesario para sacar adelante la reforma; pero por sobre todo debe señalarse que los costos económicos de un referendo constitucional son muy altos, hasta el punto de impedir su realización. A continuación se hace una reseña de los principales intentos de reforma constitucional por la vía del referendo llevados a cabo en Colombia.

La primera experiencia consolidada de intento de referendo constitucional tuvo lugar durante la presidencia de Andrés Pastrana, y a la postre condujo al trámite simultáneo de tres proyectos de referendo constitucional, uno por parte del Gobierno, otro originado en el Partido Liberal, y un tercero liderado por sectores independientes.

La situación tuvo origen el 5 de abril de 2000, cuando el gobierno Pastrana radicó ante la Secretaría de la Cámara de Representantes, un proyecto de ley *Por el cual se convoca al pueblo soberano de Colombia a un referendo cons-*

titucional.¹⁴ El proyecto fue dispuesto en cinco artículos, en el primero de los cuales se disponía el sometimiento del texto al pueblo y, antitécnicamente, se fijaba el día 16 de julio de 2000, como aquel en el que se llevaría a cabo la votación. El artículo 2º estaba conformado por diecisiete artículos y contenía el proyecto de reforma constitucional sobre diversos temas. El artículo 3º fijaba las preguntas para cada una de las iniciativas de reforma, mientras que el 4º se refería al tarjetón que habría de ser utilizado y el voto en bloque. Finalmente, el artículo 5º contenía la cláusula sobre vigencia.

En el plano temático, el referendo Pastrana tuvo su origen en los resultados de una consultoría sobre reforma política (reforma y revocatoria del Congreso, régimen electoral, sistema de partidos y cargos institucionales, entre otros), realizada por la Universidad de Georgetown a solicitud del Estado colombiano.¹⁵ Algunas de sus sugerencias fueron posteriormente incluidas en los actos legislativos n° 1 de 2003 y 1 de 2009, ambos de reforma política, expedidos durante la administración Uribe.

Este proyecto de referendo despertó gran resistencia entre los miembros del Congreso y los políticos tradicionales, quienes al ver amenazadas sus posiciones, optaron por la estrategia de tramitar otro referendo, opuesto al anterior, pero de origen popular. De forma análoga, sectores independientes iniciaron el trámite de un tercer referendo, también de origen popular, que tras evacuar los primeros pasos de la etapa de la iniciativa, no pudo obtener el número de apoyos necesarios para la expedición de la certificación por la Registraduría y la radicación del proyecto de ley en el Congreso.¹⁶ Finalmente, ninguna de las iniciativas prosperó. La del presidente naufragó en el Congreso, y las otras dos no lograron agotar completamente la primera fase del trámite.

La segunda propuesta consistente de referendo constitucional fue la realizada por Álvaro Uribe en el año 2003, la cual surtió la totalidad del trámite, hasta convertirse en el acto legislativo n° 1 de 2004. Se trató de una iniciativa de origen gubernamental, que tras haber sido radicada en el Congreso¹⁷ se con-

¹⁴ Proyecto de ley no 261 de 2000, Cámara. *Gaceta del Congreso* n° 98, 5 de abril de 2000.

¹⁵ Arturo Valenzuela, Joseph Colomer, Miguel Ceballos, Arend Lijphardt y Matthew Shugert: *Sobre la reforma política en Colombia. Informe de consultoría internacional*, Washington D. C.: Georgetown University, Centro de Estudios Internacionales, Programa Colombia, junio de 1999.

¹⁶ Sobre el punto ver la sentencia SU-1122 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁷ Proyecto de ley n° 47 de 2002, Senado. *Gaceta del Congreso* n° 323, 9 de agosto de 2002.

virtió en el texto de la Ley 796 de 2003, que fue sometido al control de la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-551 de 2003. Tras ser derrotado en las urnas por los ciudadanos, fue expedido el acto legislativo n° 1 de 2004, por medio del cual se modificó el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución, luego de un trámite integral que abarcó un año y medio de debates y esfuerzos, y el gasto de ochenta mil millones de pesos del erario público, sin contar los gastos en que incurrieron los particulares simpatizantes de Uribe y su referendo.

En tercer lugar puede ser reseñado el que se llamó “referendo de cadena perpetua para violadores de niños”, de origen popular, instigado sin embargo por las pretensiones electorales de una senadora de la República. La iniciativa fue tramitada exitosamente ante el Congreso de la República, y fue expedida la Ley 1327 de 2009. Por medio de esta, se pretendía introducir un tercer inciso en el artículo 34 de la Constitución, según el cual, “en relación con los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestro cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física y/o mental, se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley”. La ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-397 de 2010,¹⁸ en virtud de dos argumentos: por la violación de un requisito sustancial del procedimiento de formación de la ley, que consistió en la presentación extemporánea, informal y ante una sola de las cámaras de los certificados expedidos por el registrador nacional del Estado Civil a que se refieren los artículos 24 y 27 de la Ley 134 de 1994, así como por la violación de los principios de consecutividad e identidad flexible, dado que durante el proceso de trámite del proyecto ante el Congreso se presentaron cambios sustanciales del contenido de la propuesta original popular, que resultaban inconstitucionales.

Finalmente, se encuentra el referendo que buscaba la segunda reelección de Álvaro Uribe, también de origen ciudadano, vertido en la Ley 1354 de 2009, *Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a la consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional*, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-141 de 2010, por la configuración de vicios de forma durante el trámite de la iniciativa popular y en el trámite del proyecto de ley en el Congreso, así como por la configuración de vicios de competencia por sustitución de la Constitución.

¹⁸ Sentencia C-397 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

4. El control sobre la ley de convocatoria a referendos constitucionales

Como fue señalado anteriormente, la tesis vigente sobre el control de los referendos constitucionales señala que se trata de un *control reforzado*, en la medida en que el examen de la Corte acontece en dos momentos distintos, ambos autónomos, pero concurrentes, uno inicial y automático, que opera sobre la ley que convoca al referendo, previsto en el numeral 2º del artículo 241 de la Carta, y otro de carácter posterior y por demanda ciudadana, dispuesto en el numeral 1º del artículo 241 de la Constitución: “9. La Constitución ha establecido un control reforzado, porque además del control automático que ejerce la Corte sobre la ley mencionada, es viable la acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformativo de la Constitución [...]. Por ende, conforme al artículo 241.2, la Corte ejerce el control automático definitivo sobre la ley que somete a decisión del pueblo un proyecto de reforma constitucional, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 379 Superior”.¹⁹

A continuación, se aborda analíticamente el control automático que recae sobre la ley que convoca al referendo constitucional, mientras que se hace una simple alusión al control por demanda ciudadana del acto reformativo de la Constitución, que fue explicitado en el capítulo anterior. Este control se encuentra establecido en el numeral 2º del artículo 241 de la Carta, según el cual a la Corte Constitucional le corresponde:

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

La premisa central para el ejercicio de este control señala que en los referendos no actúa el poder constituyente primario, sino que aun en los casos de referendo constitucional de origen popular o ciudadano, el que actúa es el poder constituyente secundario, el poder de reforma, que se encuentra sometido a reglas y controles, razón por la cual, la competencia de la Corte para efectuar el control surge clara y legítima. Como esa convocatoria tan solo puede ser

¹⁹ Auto de Sala Plena de enero 20 de 2003, consideración jurídica nº 9. Esta tesis fue reiterada en la sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto.

hecha por medio de una ley tramitada en el Congreso, entonces en estricto sentido, dicho control se realiza sobre una ley de la República. A efectos de examinar este control, inicialmente se identifican sus características, se precisan sus parámetros normativos y, por último, se examinan las competencias de la Corte alrededor de este.

4.1. Características del control sobre la ley que convoca al referendo constitucional

Las características de este control fueron enunciadas en la sentencia C-551 de 2003, siendo luego reiteradas en la sentencia C-141 de 2010, y en ambas se afirmó que se trata de un control previo, concentrado, judicial, integral, automático, específico, participativo y definitivo, como se verá a continuación:

- Es un control previo. Esto por cuanto tiene lugar antes de la votación ciudadana del referendo, y antes del perfeccionamiento de la reforma constitucional, materializada en la expedición del acto legislativo. Ahora bien, si se toma como referencia la expedición de la ley, bien podría decirse también que se trata de un control posterior a la sanción y promulgación de la ley que convoca a la votación del referendo.
- Es un control concentrado. Esta característica se refiere al órgano competente para efectuar el control, siendo en el caso colombiano la Corte Constitucional el único órgano con competencia para realizar ese control.
- Es un control jurídico y jurisdiccional, esto es, que el parámetro de su realización “lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano controlante y que éste se limita a aplicar en cada caso”.²⁰ En Colombia, la Corte Constitucional, órgano de cierre de la totalidad del sistema judicial, es la única competente para pronunciarse alrededor de la constitucionalidad de esta clase de referendos.
- Es un control integral. Lo es en la medida en que la Corte es competente para examinar la totalidad de los trámites y actuaciones surtidas a lo largo de las distintas fases del referendo constitucional, que a su vez involucraron el ejercicio de competencias de distintos órganos del Es-

²⁰ Manuel Aragón: *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 76.

tado y de la Administración. En este sentido y por vía simplemente enumerativa, el control de la Corte se despliega sobre las actuaciones de los ciudadanos, del presidente de la República, de la Registraduría Nacional del Estado Civil, del Consejo Nacional Electoral y del Congreso de la República, quienes son en principio, los sujetos concernidos en el trámite del referendo.

- Es un control automático. Tiene esta calidad pues opera por mandato imperativo de la Constitución. Este punto ofreció alguna precisión en el año 2003, oportunidad en la cual el presidente del Senado remitió a la Corte Constitucional el texto del proyecto de ley n° 47 de 2002 Senado – 57 de 2002 Cámara, a efectos de efectuar el control. No obstante, ocurrió que la Corte Constitucional mediante auto del 20 de enero de 2003, ordenó devolver el proyecto para que fuese sancionado y, una vez promulgada la ley, fuera enviada nuevamente a la Corte para efectuar la revisión. Dicho auto puntualizó que se trataba de un control automático y posterior a la ley.
- Es un control específico. Ello “por cuanto la Corte sólo puede examinar los vicios de procedimiento de la ley ya que no le corresponde estudiar su contenido material”.²¹ Al referirse al examen de los vicios de competencia en que hubiere podido incurrir el Congreso, la Corte ha insistido en que ella se abstiene de hacer examen de fondo o de contenido, y que se limita a verificar que el Congreso no haya actuado fuera de la facultad que le permite reformar la Constitución, pero no cambiarla.
- Es un control participativo. Este es un rasgo común a las distintas modalidades de ejercicio del control abstracto en Colombia, previsto por el Decreto 2067 de 1991, que le permite a cualquier ciudadano intervenir durante el trámite del control en la Corte. Más aún, con fundamento en los artículos 12 y 13 del Decreto 2067 de 1991, la Corporación puede convocar la realización de audiencias públicas con participación ciudadana e institucional, como ocurrió en 2003 al examinar la Ley 796 de ese año.
- Es un control definitivo. Este último elemento se vincula a la característica del control integral, e implica que por haberse examinado

²¹ Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica n° 4.

la totalidad de la actuación administrativa y congresional en la convocatoria del referendo, la sentencia que se produce hace tránsito a cosa juzgada absoluta, sin que quepa demanda posterior sobre la misma ley.

4.2. Parámetros normativos del control sobre la ley que convoca al referendo constitucional

Los referentes normativos del control que ejerce la Corte sobre esta clase de ley tienen como fundamento el hecho de que el referendo es un acto jurídico complejo, y por lo mismo, el examen de la Corte involucra la consideración de la Constitución Política, de distintas leyes, así como una gran variedad de actos administrativos dictados por distintas autoridades públicas. La Corte dimensionó el asunto al señalar que la revisión de la convocatoria del referendo “comprende no sólo el examen de la aprobación de la respectiva ley, sino todos los actos concernientes a la aprobación de la iniciativa. De tal suerte que, para el caso de los referendos de iniciativa popular, el análisis de esta Corporación abarcará el estudio de la validez de las actuaciones adelantadas por los promotores de la iniciativa ante las autoridades que conforman la Organización Electoral en Colombia, es decir, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral”.²² De esta manera, se tienen como referentes normativos estructurales:

- i. El título XIII de la Constitución, denominado “De la reforma de la Constitución”, que dispone de manera general las modalidades, reglas y procedimientos aplicables en las reformas de la Constitución. Como ha señalado la Corte, este título debe ser interpretado de modo sistemático con el resto de la Constitución, de modo tal que se logre la adecuada integración del inciso 1º del artículo 379, el cual señala:

Artículo 379. Los actos legislativos, la convocatoria al referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.

²² Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica nº 1.6.2.

- ii. Otras disposiciones constitucionales relevantes. Este parámetro debe ser integrado al anterior y es la pauta de interpretación del enunciado según el cual, la convocatoria al referendo solo podría declararse inconstitucional “cuando se violen los requisitos establecidos en este título”. El punto es que en este, como en todo control constitucional, la Carta Política debe ser asumida como un texto integral y no como un texto segmentado.
- iii. El Reglamento del Congreso, es decir, la Ley 5ª de 1992 y las leyes posteriores que la hayan modificado o reformado. Esta norma es muy importante, pues se trata de una ley orgánica, es decir, una de aquellas que “condicionan, con su normatividad, la actuación administrativa y la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan, es decir, sujetan el ejercicio de la actividad legislativa”.²³ En el caso del Reglamento del Congreso, se trata de una ley totalizante que condiciona la expedición y aplicación de las otras leyes, para el caso, la de convocatoria al referendo.
- iv. La ley estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana. Es la Ley 134 de 1994 y su interpretación y aplicación debe ser integrada con la sentencia que efectuó el control previo, que en este caso es la C-180 de 1994.²⁴ Esta ley estatutaria contiene los principios generales de los mecanismos de participación, los define y establece las reglas de procedimiento para la realización de cada uno de ellos. En marzo de 2013 la Corte Constitucional hizo control automático sobre un proyecto de ley estatutaria que modifica estructuralmente la Ley 134 de 1994, en la idea de hacer más operativos los mecanismos de participación.²⁵
- v. Otras leyes. Se trata de otras leyes estatutarias u ordinarias que regulen materias relacionadas con participación ciudadana, régimen electoral y el ejercicio de los derechos políticos. El lugar común de

²³ Sentencia C-337 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, consideración jurídica n° 2.1.1.

²⁴ Sentencia C-180 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara.

²⁵ Proyecto de Ley 227 de 2012, Senado, y 134 de 2011, Cámara, Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación ciudadana, transparencia en la contratación pública y rendición de cuentas.

referencia de la Corte es la Ley 130 de 1994, estatutaria de los partidos políticos.

- vi. Finalmente, está el conjunto de reglamentos y de actos administrativos emanados de los órganos que ejercen la función electoral, en principio la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral, así como los reglamentos vigentes provenientes de otras autoridades que concurren en el trámite del referendo constitucional.

Una última cuestión. Como quiera que durante el trámite de la iniciativa popular de referendo son surtidas numerosas actuaciones y se emiten diversos actos administrativos, que finalmente han dado lugar a procesos penales, procesos disciplinarios y al ejercicio de acciones de nulidad ante la jurisdicción administrativa, la Corte Constitucional se ha visto en la necesidad de establecer la regla de improcedencia de la prejudicialidad para el ejercicio de su control. La regla específica señala que “así como la competencia de la Corte no desplaza aquellas atribuidas constitucional y legalmente a otras autoridades públicas, tampoco existe, en sede de control de constitucionalidad, prejudicialidad alguna en relación con las decisiones que deban adoptar estas últimas, tal y como lo ha precisado la sala plena de esta Corporación en diversas providencias proferidas en el curso de la revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009”.²⁶

4.3. La competencia y el control de la Corte Constitucional sobre las leyes de convocatoria. Alcance

El referido numeral 2° del artículo 241 de la Constitución dispone que la Corte debe decidir la constitucionalidad de las leyes que convocan a los referendos constitucionales, “sólo por vicios de procedimiento en su formación”, lo que implica que la Corte tiene competencia para examinar tanto los *vicios de trámite* como los llamados *vicios de competencia*, los cuales permiten verificar que la ley que convoca al referendo consista en un llamamiento al pueblo para que *reforme* la Constitución y no para que la *sustituya* o *cambie*. En lo que sigue se determinan los aspectos concretos del control sobre los vicios de trámite y los vicios de competencia en la ley de convocatoria al referendo.

²⁶ Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica n° 1.6.2.

4.3.1. El control de la Corte sobre vicios en el trámite de la iniciativa popular (i) y el trámite del proyecto de ley ante el Congreso (ii)

La competencia de la Corte Constitucional para examinar la existencia de vicios de trámite, involucra dos etapas diversas pero concurrentes: la de la iniciativa popular (que se lleva a cabo ante las autoridades electorales), como la del proyecto de ley (que se realiza ante el Congreso de la República). La premisa central del análisis de la Corte atiende al concepto de democracia procedimental, entendida con Greppi como “un conjunto de reglas de procedimiento para la adopción de decisiones colectivas que no dice nada sobre el contenido o resultado de las mismas”. La Corte entiende que además de las nociones tradicionales de democracia (como democracia representativa, participativa, pluralista, inclusiva, deliberativa, electoral, etc.), es necesario acentuar el carácter reglado de los procedimientos democráticos, como el criterio de validez de las decisiones. En este sentido, insiste en que no basta con que haya mayorías, sino que debe haber reglas de juego claras para todos, para los que son mayorías y para los que no lo son, de modo tal que pueda disminuir el margen de manipulación emocional del pueblo, como lo hacían Pinochet, Hitler y muchos presidentes latinoamericanos y alguno colombiano.

Desde esta perspectiva, la Corte formula como tesis que el control de la ley que convoca al referendo, “comprende no sólo el estudio del procedimiento de formación de la ley que convoca, sino también el riguroso escrutinio del procedimiento mediante el cual se adelantó el mecanismo de participación que dio origen al trámite legislativo, en este caso, la iniciativa ciudadana...”.²⁷ De esta manera, el examen de la Corte comprende tanto la evaluación y satisfacción de las siete etapas que deben ser satisfechas durante el trámite de la iniciativa popular (referidas en la sección 2.1.2 de este escrito), como las seis características generales de la ley que convoca al referendo y los once componentes específicos del trámite legislativo de esa ley (referidos en la sección 2.2. de este capítulo).

4.3.2. El control de la Corte sobre el texto que es sometido al pueblo en la convocatoria al referendo constitucional

De conformidad con el artículo 376 de la Constitución, el referendo, sea de iniciativa gubernamental, o sea de iniciativa popular, tan solo podrá ser votado en virtud de una ley que lo convoque, y por lo mismo, siempre habrá de

²⁷ Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica nº 2.

pasar por el Congreso de la República. Ahora bien, respecto de ese paso por el Congreso surgen dos preguntas: en primer lugar, ¿puede el Congreso de la República introducir modificaciones al texto contenido en el proyecto de ley de convocatoria al referendo?, y en segundo lugar, ¿cuál es el alcance del control de la Corte Constitucional sobre el texto de la convocatoria, tras las modificaciones surtidas durante el trámite en el Congreso? Para responder estas preguntas relacionadas con el control, la Corte sostuvo que ellas implicaban una respuesta diversa, según se tratara de referendos de origen gubernamental o de origen popular.

a) Las modificaciones del Congreso al texto del referendo de origen gubernamental y su control por la Corte Constitucional

Las reglas fijadas por la Corte Constitucional alrededor de este punto están contenidas en la sentencia C-551 de 2003, que examinó la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003. Respecto de las modificaciones al proyecto de ley que se surtieron durante el trámite del Congreso, la Corte diferenció entre las modificaciones introducidas por el propio Gobierno y las modificaciones introducidas por el Congreso. Sobre las modificaciones introducidas por el Gobierno, la Corte sostuvo:

70. Por todo lo anterior, esta corporación reitera su doctrina, según la cual, el Gobierno puede proponer modificaciones y adiciones a un proyecto que ya radicó, siempre y cuando éstas respeten la regla de unidad de materia y sean presentadas antes del cierre de la discusión en la comisión respectiva. [...] después de presentado el proyecto, sólo se puede introducir modificaciones o adiciones que guarden una relación o conexidad razonable con los temas propuestos. El proyecto fija el marco definitivo dentro del cual pueden moverse el Gobierno y el Congreso y todo tema que lo desborde es inconstitucional.²⁸

En segundo término y respecto de las modificaciones introducidas por el Congreso, la Corte sostuvo que este “no es un convidado de piedra” en relación con las iniciativas gubernamentales y que tiene competencia para introducir

²⁸ Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica n° 70.

modificaciones, siempre y cuando se refieran al tema de las iniciativas, pero que no tiene competencia para introducir temas distintos. La tesis de la Corte fue:

[...] Esto significa entonces que el Congreso puede modificar, sin necesidad de autorización alguna, las regulaciones sobre los temas planteados por el Gobierno, pero no puede introducir temas nuevos, que no hayan sido propuestos por el Gobierno, porque en ese evento efectivamente estaría desconociendo la reserva de iniciativa. Por ello, la Corte había precisado “que las modificaciones hechas por el legislativo no pueden ser de tal índole que cambien la materia de la iniciativa gubernamental”.²⁹

Como consecuencia de lo anterior, el control de la Corte Constitucional en concreto, consistirá en verificar que las modificaciones introducidas respeten el principio de unidad de materia y el principio de identidad, pues en caso contrario, deberá declarar la inexecutable de la ley que convoca al referendo o del texto o pregunta concreta que haya examinado.

b) Las modificaciones del Congreso al texto del referendo de iniciativa popular y su control por la Corte Constitucional

El alcance de las modificaciones que pueda introducir el Congreso a la iniciativa popular de referendo y el control de la Corte sobre estas, se encuentran en la ya citada sentencia C-141 de 2010. La tesis central señala que el Congreso como órgano constituido no puede sustituir la voluntad del pueblo, introduciendo modificaciones que conviertan el proyecto presentado en uno distinto. En concreto la Corte señaló:

iv. La manifestación práctica de dichos límites será la imposibilidad de sustituir, suplantar o tergiversar la voluntad ciudadana manifestada en el proyecto presentado y, por consiguiente, la imposibilidad de presentar y aprobar enmiendas que cambien por completo el sentido de lo apoyado por los ciudadanos.³⁰

²⁹ Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica n° 76.

³⁰ Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica n° 4.2.5.1.

De esta manera, el control de la Corte consistirá en verificar que las modificaciones introducidas respeten los principios de identidad relativa y de consecutividad. De acuerdo con el primero, la Corte debe establecer si a lo largo de los cuatro debates se mantuvo sustancialmente el mismo proyecto de ley, de modo tal que las modificaciones no lo hayan convertido en otro distinto. En segundo término y en virtud el principio de consecutividad, verificará que tanto las comisiones como las plenarias hayan estudiado y debatido todos los temas propuestos ante ellas durante el trámite legislativo (i); que no se posponga para una etapa posterior el debate de un determinado asunto planteado en comisión o en plenaria (ii); y que la totalidad del articulado y las proposiciones que lo modifiquen o adicionen, hayan sido discutidos, aprobados o improbados en la instancia legislativa en la que son sometidos a consideración (iii).

4.3.3. El control de la Corte sobre la pregunta o preguntas que se hacen al pueblo sobre el texto del referendo constitucional

De conformidad con el artículo 378 de la Constitución, “El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente”. En la práctica esto significa que al pueblo se le formula una pregunta acerca de la nueva norma, y este debe responder con un “sí” o con un “no”.

Respecto de este punto, la Corte Constitucional expresó que las preguntas contenidas en la convocatoria del referendo deben respetar la libertad del elector y la lealtad que le es debida a este. Por lo mismo, las preguntas inductivas o emocionalmente tendenciosas resultaban inconstitucionales. De acuerdo con la Corte, “la introducción en el texto de la ley de notas o preguntas introductorias que puedan ser consideradas como inductivas o equívocas, que empleen lenguaje emotivo, o que estén incompletas, implica una amenaza al principio constitucional de libertad del sufragante lo cual podría llegar a viciar el proceso de formación de la voluntad política de la ciudadanía”.³¹ De esta manera, el control constitucional se ejerce no solo sobre el texto sometido al pueblo, sino sobre la pregunta que lo antecede.

³¹ Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica n° 134.

4.3.4. El control de la Corte sobre el voto en blanco en las convocatorias al referendo

La cuestión de la constitucionalidad del voto en blanco en los referendos estaba relacionada con dos sucesos específicos: con el artículo 41 de la Ley 134 de 1994, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-180 de 1994, que prevé la existencia del voto en blanco en los referendos; y con el hecho de que la Ley 796 de 2003, de convocatoria a un referendo constitucional, establecía tres casillas para cada una de las preguntas: una para el sí, otra para el no, y otra para el voto en blanco.

Al hacer el examen de constitucionalidad, la Corte ejerció control sobre las casillas, de modo tal que declaró la inconstitucionalidad de la casilla del voto en blanco, por considerar que contrariaba expresamente el enunciado del artículo 378 de la Constitución, según el cual, el referendo debe ser presentado de modo tal que los ciudadanos puedan escoger “qué votan positivamente y qué votan negativamente”.³²

4.3.5. El control de la Corte sobre el voto en bloque en los referendos constitucionales

La Ley 796 de 2003 contenía la pregunta 19, relacionada con la “aprobación integral de este referendo”, es decir, con el voto en bloque de las distintas preguntas del referendo. Para resolver la constitucionalidad de este enunciado, la Corte Constitucional diferenció entre los referendos monotemáticos, es decir, aquellos en los que las varias preguntas versan sobre un mismo tema o asunto, y los referendos multitemáticos, en los que las preguntas están relacionadas con temas diversos. Respecto de los primeros, la Corte afirmó la constitucionalidad del voto en bloque, mientras que declaró la inconstitucionalidad del voto en bloque en los referendos multitemáticos, por atentar contra la democracia deliberativa, y además, por hacer que el referendo pierda su contenido normativo, para asumir un carácter plebiscitario.

La Corte dijo, específicamente: “197. La pregunta del voto en bloque de un referendo multitemático, en vez de promover una decisión reflexiva de la ciudadanía sobre cada tema y artículo, que es el propósito de un referendo, tiende entonces a favorecer la expresión de manifestaciones globales de apoyo o rechazo de los proponentes del referendo. El voto en bloque en esas circuns-

³² Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica n° 210.

tancias es entonces inconstitucional, pues es contrario a la exigencia de lealtad, ya que, en vez de fomentar la decisión libre y autónoma de los ciudadanos, los induce a que descarguen sus delicadas responsabilidades políticas en los proponentes del referendo”.³³

4.3.6. El control de la Corte sobre los vicios de competencia

Como se señaló previamente, la competencia de la Corte sobre la ley de convocatoria está limitada a verificar la existencia de “vicios de procedimiento en su formación”, lo que le permite examinar el eventual suceso de vicios de trámite, así como examinar la configuración de vicios de competencia, es decir, verificar que el Congreso de la República al tramitar y aprobar la iniciativa, no haya realizado una sustitución o cambio de la Constitución, en vez de una reforma, que es para lo que se encuentra facultado.

Si bien en la sentencia C-551 de 2003 la Corte se abstuvo de efectuar el escrutinio sobre los vicios de competencia en la convocatoria a referendo que hiciera la Ley 796 de 2003, dicha postura fue modificada en la sentencia C-141 de 2010, en la que al examinar la Ley 1354 de 2009, también de convocatoria a referendo constitucional, consideró que por tratarse de una iniciativa de origen ciudadano, sí procedía dicho examen, adoptando como metodología el *test de sustitución*, ampliamente referido en el capítulo anterior.

En conclusión, la regla vigente a partir de la sentencia C-141 de 2010 señala la procedencia del control sobre los vicios de competencia en los casos de leyes de convocatoria a referendo constitucional, precisando además que no basta con haber encontrado causales previas de inconstitucionalidad, sino que la Corte, en los casos relacionados con mecanismos de reforma constitucional, tiene la obligación de hacer análisis integrales y exhaustivos, “en aras de dar cumplimiento al *principio de suficiencia argumentativa* que debe respetar esta Corporación en sus decisiones”³⁴ (énfasis añadido).

³³ Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica n° 197.

³⁴ Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica n° 1.6.4.

Capítulo V

El control sobre las leyes

– ¿Y las leyes?
– ¿Cuáles leyes Fulgor? La ley de ahora en adelante la vamos
a hacer nosotros.

Este pasaje de *Pedro Páramo*¹ ilustra magistralmente lo que es la ley, y a quien le pertenece en Colombia y varios países de América Latina, donde los dueños de lo público lo son cada vez más las empresas multinacionales, los bancos o los “inversionistas”, hasta llegar al punto de negociar con ellos la legislación que les sirva, la que quieran aceptar, tal y como lo hizo Uribe al establecer los “contratos de estabilidad jurídica” con la expedición de la Ley 963 de 2005, *Por la que se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia*, que además de todo, la Corte Constitucional declaró exequible sin reparo alguno.² Si bien esa ley fue derogada en el año 2012 por otra de las sucesivas reformas tributarias que se expiden en el país, que expolian a la clase media y establecen exenciones y beneficios a los más adinerados, el daño ya estaba causado y sirve de evidencia para mostrar cuánto vale la ley y para quién se hace en un país de estos.

En lo que se refiere específicamente al control, el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución dispone que le corresponde a la Corte Constitucional: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”. Se trata aquí del control jurídico que realiza el Tribunal sobre las leyes, es decir, sobre las normas que produce el Congreso de la República. Es este el control más antiguo de los establecidos en Colombia, siendo así mismo el más utilizado.

¹ Juan Rulfo: *Pedro Páramo*, Barcelona: Planeta, 1989, p. 36.

² Sentencia C-320 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto.

Para hacer su presentación se refiere inicialmente el concepto contemporáneo de ley, adoptando una de las clasificaciones de las leyes existentes en Colombia, para luego referir la acción de inconstitucionalidad como el mecanismo procesal adoptado para controlar las leyes. Finalmente, se tematiza el control sobre las leyes, tanto por vicios en el trámite como por cuestiones de fondo.

1. La ley y las leyes en Colombia

El concepto de ley afortunadamente ha tenido una gran transformación, pasando de la imagen idílica y falsa de la ley como representación de la voluntad general, a una noción real de ley, que la entiende como la decisión unilateral de un grupo de sujetos que conforman el Congreso de la República, quienes ejercen la representación de los ciudadanos, que legislan o emiten reglas sobre asuntos de su interés personal, de intereses sectoriales o de simple poder. En este sentido y como resulta hoy innegable, la ley le pertenece a grupos específicos de interés, siendo cada vez más, de lo particular, de lo sectorial y de lo gremial. En esta sección se atiende al concepto de ley, se enuncian las distintas clases de ley existentes en Colombia, haciendo referencia específica a las leyes que son objeto de control constitucional mediante demanda ciudadana.

1.1. La ley

La ley es simplemente una norma que expide el Congreso de la República, de conformidad con el trámite legislativo establecido entre los artículos 154 a 170 de la Constitución, así como en la Ley 5ª de 1992, orgánica del Congreso. La Carta Política establece en el artículo 114 a la función legislativa como una de las principales del Congreso:

Artículo 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el Gobierno y la administración.

Siendo precisada en el numeral 1º del artículo 150, donde se señala:

Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes...

Adicionalmente, está el artículo 7º de la Ley 5 de 1992, un enunciado *lindo*, que indica lo que hace el Congreso:

Artículo 7. Integración del Congreso. El Congreso de la República está integrado por el Senado y la Cámara de Representantes. Sus miembros representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. Son, por consiguiente, responsables ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

Las leyes son una clase especial de norma jurídica que expide el Congreso, luego de someter los proyectos al trámite previsto en el artículo 157 de la Constitución. Durante el siglo pasado y bajo la égida del artículo 4º del Código Civil, se pensaba que la ley trataba de lo general y que se expedía para el bien común. Rota esa imagen idílica del legislador y de la legislación, se sabe cada vez con mayor certeza que las leyes son de lo privado, de lo particular, de lo sectorial, de lo individual, de lo empresarial, que le pertenecen más a los grupos económicos, a los grupos de poder, a las multinacionales, que a las personas o a esa cosa ingenua que se hacía llamar “el bien común”, o a esa cosa manipulada que se designa como “interés general”. Así por ejemplo, la ley de salud en Colombia la expide el Congreso a gusto de los empresarios de la salud; el estatuto financiero lo expide el Congreso siempre y cuando les guste a los dueños de los bancos y del sistema financiero; las reformas al procedimiento civil y al proceso ejecutivo, las proyectan y las hacen aprobar los bancos y las entidades de crédito, y así sucesivamente; las reformas tributarias en Colombia las dictan los empresarios, los bancos y las multinacionales, hasta el punto de que es imposible desmontar las exenciones tributarias abusivas que han sido establecidas en su favor.

Alrededor de la ley, del Congreso y de sus autores, pueden ser identificadas tres degeneraciones: en primer lugar, la ley ha dejado de buscar soluciones y produce profunda desconfianza; en segundo lugar, los enunciados de la ley ya no son discutidos, sino que son simplemente pactados entre los sujetos con poder; y en tercer lugar, tiene lugar la privatización de la ley, de lo público,

en la medida en que los dueños de las leyes son los grupos económicos y las compañías multinacionales.

Respecto del primer asunto, la desconfianza, el rasgo más notorio es el desprestigio general de las instituciones y especialmente del Congreso, con sujetos corruptos, algunos vinculados con los paramilitares, según lo acreditan numerosos fallos judiciales. Tímidamente, Garrido ya tocaba el punto, al mencionar cómo la economía y la burocratización “han hecho que la ley haya pasado a ser un instrumento resolutorio de problemas coyunturales que intenta satisfacer necesidades inmediatas. Ya no se ve como resultado de la razón, se ve como el resultado del equilibrio de intereses, desconfiándose del legislador, del poder ejecutivo y de la Administración pública”.³

Un segundo indicador de la degeneración de la ley y del Congreso, es la supresión del debate y la discusión de los proyectos de ley. La ley ya no se debate, ni siquiera se leen los proyectos, la ley simplemente se pacta en un desayuno o en un almuerzo de los miembros de la bancada parlamentaria, con terribles consecuencias para las personas y el propio sistema jurídico, pues como bien señala Zagrebelsky, las leyes pactadas “para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que –para conseguir el acuerdo– todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles”.⁴

Finalmente, la referencia a la degeneración del autor de la ley, el Congreso de la República. Dos notas periodísticas de marzo de 2013 ilustran la situación: “El Congreso que vuelve de vacaciones el próximo 16 de marzo no cuenta con 22 de sus miembros. Condenas, detenciones y sanciones, entre otras razones, sacaron del juego político a estos parlamentarios. Cohecho, nexos con grupos ilegales, lavado de activos, soborno, entre otros delitos o violaciones al régimen de inhabilidades tienen en problemas a estos congresistas, quienes representan casi el 10 por ciento del poder Legislativo. (Eso sin contar el centenar de congresistas involucrados en la parapolítica en años anteriores)”.⁵ La misma revista señala que de acuerdo con una encuesta de

³ María Garrido: *La igualdad en el contenido y la aplicación de la ley*, Madrid: Dickinson, 2009, p. 30.

⁴ Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 1997, p. 37.

⁵ “Congreso: la lista negra”, en *Revista Semana*, 7 de marzo de 2013, en <http://www.semana.com/nacion/articulo/congreso-lista-negra/335981-3>, consultado el 6 de mayo de 2013.

Invamer Gallup, dos de cada tres colombianos tiene una opinión negativa de esa corporación.

Estos tres hechos: la desconfianza ciudadana respecto de las instituciones, entre ellas la ley y el Congreso, la supresión del debate democrático de la ley, ahora sustituido por el vil pacto político, y la corrupción del Congreso y de sus miembros, conducen entre otros muchos graves sucesos, a lo que Ferrajoli llama la supresión de la separación entre la esfera pública y la esfera privada, a la necesaria separación que debe existir entre los poderes políticos y los poderes económicos, que conlleva la segunda degeneración estructural: la degeneración de la ley, ya que “El proceso de esta confusión de poderes y de intereses se inicia al postular la primacía del mercado sobre la esfera pública, a lo que sigue como consecuencia la subordinación de los poderes del gobierno a los grandes poderes e intereses económicos privados, y el establecimiento de una estrecha alianza entre poderes políticos y poderes mediáticos”,⁶ de modo tal que la relación entre dinero, información y política, determina en últimas la ley. En ese estado de cosas, el control constitucional aparece como una instancia posible de corrección de lo que la degeneración legislativa produce.

1.2. La clasificación de las leyes y su control judicial

El sistema colombiano ofrece una gran variedad de leyes y la mayoría de ellas son controladas por medio de la acción pública de inconstitucionalidad. Para los intereses de este texto, se acoge por razones simplemente estipulativas la clasificación hecha por Sierra,⁷ que además de incluir leyes inexistentes y superfluas, omite la referencia de otras leyes de mediana importancia, como las leyes de autorizaciones, las leyes de intervención económica o las leyes de servicios públicos. En cada caso se determina el tipo de control que recae sobre las distintas leyes, adoptando como punto de partida las leyes ordinarias, por contener el “modelo” o la estructura básica del trámite de los proyectos de ley en Colombia.

⁶ Luigi Ferrajoli: “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, en *Derecho y justicia en una sociedad global*, IVR, Universidad de Granada, 2005, pp. 37-51.

⁷ Humberto Sierra, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 239-250. Allí se describe el caso de doce tipos de leyes diferentes, número que es simplemente referencial.

1.2.1. Las leyes ordinarias

Puede entenderse por ley ordinaria, la norma expedida por el Congreso, de conformidad con el trámite legislativo descrito en el artículo 157 de la Constitución, que establece los pasos mínimos a que debe ser sometido todo proyecto de ley en Colombia. En este sentido, la ley ordinaria no exige el cumplimiento de requisitos especiales para su expedición y vigencia (como podría serlo por ejemplo, la exigencia de una mayoría calificada en las votaciones), y se ocupa de cualquier materia que no haya sido destinada a otras leyes especiales. Por lo mismo, si la Constitución no dispone un trámite específico para una cierta clase de ley, entonces habrá de dársele el trámite de ley ordinaria.

En síntesis, la ley ordinaria es el modelo básico de ley, cuyo trámite y aprobación establece los requisitos mínimos del artículo 157 de la Carta Política, que por lo mismo requiere mayorías simples para su aprobación, y que puede versar sobre cualquier materia que no haya sido destinada a otra ley especial. El control sobre estas leyes se ejerce por medio de demanda ciudadana, de conformidad con el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución.

1.2.2. Las leyes estatutarias

Al lado de las leyes orgánicas y de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, las estatutarias son las leyes que tienen mayor fuerza vinculante en el sistema colombiano. Se encuentran previstas en los artículos 152 y 153 de la Constitución y de acuerdo con la Corte Constitucional, contienen reglas, principios, fines y objetivos que regulan materias de especial importancia. A su vez, “tienen una especial jerarquía y una particular distinción dentro del ordenamiento jurídico, por lo cual la misma Constitución estableció que para su promulgación, debe seguirse un trámite más exigente que el contemplado para otro tipo de leyes”,⁸ por lo cual se habla de la “reserva de ley estatutaria”, para el manejo de sus materias.

El artículo 152 de la Carta señala seis materias que son objeto de ley estatutaria, a saber: los derechos fundamentales, sus procedimientos y recursos de protección; la administración de justicia; la organización y régimen de los partidos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; los mecanismos de participación ciudadana, los estados de excepción y la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República. Debe precisarse

⁸ Sentencia C-687 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica n° 3.

que no todas las normas que tengan que ver con estos temas deben ir por ley estatutaria. Son ejemplo de estas leyes, la Ley 137 de 1994, estatutaria de los estados de excepción, que tuvo control previo por la sentencia C- 179 de 1994,⁹ o la Ley 850 de 2003, estatutaria de las veedurías ciudadanas, que tuvo control previo mediante la sentencia C-292 de 2003.¹⁰ Las leyes estatutarias no son controladas mediante demanda ciudadana, sino que tienen control previo y automático, según lo establecen los artículo 153 y 241.8 de la Constitución.

1.2.3. Las leyes orgánicas

Estas leyes están previstas en el artículo 151 de la Constitución y la Corte las definió puntualmente como “estatutos que abarcan toda la normatividad de una serie de asuntos señalados expresamente en la Carta Política (artículo 151)”, agregando además que dichas leyes “condicionan, con su normatividad, la actuación administrativa y la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan, es decir, sujetan el ejercicio de la actividad legislativa”.¹¹ Por lo mismo, estas leyes sirven para organizar el sistema legal, son totalizantes en sus materias y condicionan la expedición y aplicación de otras leyes.

Son cuatro las materias especiales previstas para las leyes orgánicas. Estas son: el Reglamento del Congreso, que está incluido en la Ley 5ª de 1992, *Por la cual se expide el reglamento del Congreso, del Senado y la Cámara de Representantes*; el Presupuesto de Rentas y la Ley de Apropriaciones. A esta se le conoce como el *Estatuto Orgánico de Presupuesto* y está constituida por tres leyes orgánicas. La Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995, todas ellas compiladas finalmente en el Decreto Ley 111 de enero 15 de 1996; la Ley Orgánica del Plan *General* de Desarrollo, prevista en los artículos 151 y 342 de la Carta, que ha sido desarrollada por medio de las leyes 152 de 1994 y 290 de 1996; y la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, que tan solo vino a ser expedida tras veinte años de vigencia de la Constitución de 1991, por medio de la Ley 1454 de 2011. El control sobre las leyes orgánicas se ejerce por medio de demanda ciudadana, de conformidad con el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución.

⁹ Sentencia C-179 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰ Sentencia C-292 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹¹ Sentencia C-337 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, consideración jurídica nº 2.1.1.

1.2.4. La Ley del Plan Nacional de Desarrollo

Dentro del catálogo de leyes orgánicas dispuestas en el artículo 151 de la Constitución, figura la Ley del Plan *General* de Desarrollo (Ley 152 de 1994, modificada por la Ley 290 de 1996), a partir de la cual es expedida cada cuatro años, por cada una de las administraciones presidenciales, la Ley del Plan *Nacional* de Desarrollo, cuya conformación es dispuesta por el artículo 4º de la Ley 152 de 1994.

De acuerdo con la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Ley del Plan Nacional de Desarrollo es una ley cuyas características generales están referidas a la planeación y al presupuesto, siendo además caracterizada como “multitemática”, en la medida que involucra diversos objetivos y planos de desarrollo. Esta ley tiene dos componentes: la parte general, que contiene los programas macroeconómicos, y la parte especial, que corresponde al plan de inversiones, la que a su vez contiene los presupuestos plurianuales y los recursos para su ejecución.

Aunque se trata de una ley de características presupuestales, la Corte ha sostenido que sus “estrategias” no son solo de esa clase, sino que “también pueden consistir en normas jurídicas de cuyo cumplimiento se derive la consecución de las metas no sólo económicas, sino también sociales o ambientales que se ha estimado deseable alcanzar”,¹² estableciéndose sin embargo como límite la unidad de materia, que exige que las normas del plan de inversiones deban tener conexidad directa con las normas que fijan los propósitos generales, de modo tal que “las normas contenidas en el plan de inversiones, como instrumentales que son, deben guardar una relación directa e inmediata con los objetivos y programas específicos del mismo plan, so pena de desconocerse el principio de unidad de materia”.¹³ Son ejemplos de Ley del Plan Nacional de Desarrollo, la Ley 812 de 2003, que expidió el plan *Hacia un Estado comunitario* de Uribe, o la Ley 1151 de 2007, que expidió el plan *Estado comunitario: desarrollo para todos*, de la segunda presidencia de Uribe.

Tanto la Ley Orgánica del Plan *General* de Desarrollo (art. 151 C.P.), como la Ley del Plan *Nacional* de Desarrollo (art. 341 C.P.), son susceptibles de control posterior ante la Corte Constitucional, por demanda ciudadana, de conformidad con el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución.

¹² Sentencia C-305 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ Sentencia C-337 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas, consideración jurídica nº 3.5.

1.2.5. Las leyes de facultades extraordinarias

Las leyes de facultades extraordinarias, son una clase especial de leyes, previstas en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, por medio de las cuales, el Congreso, que es el titular de la función legislativa, se despoja transitoriamente de esta y habilita al presidente, durante un término máximo de seis meses, para que legisle por medio de decretos con fuerza de ley, dentro de los precisos límites dispuestos en la ley que otorga las facultades. El constituyente de 1991 intentó fijar reglas claras y establecer un conjunto de controles específicos, de modo tal que el Congreso ejerciera la función que le corresponde, limitando así el otorgamiento de facultades extraordinarias. En este sentido, el inciso final del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución enumera las materias prohibidas, que no pueden ser objeto de facultades extraordinarias, las cuales coinciden con las más importantes del sistema jurídico. Así, no pueden serlo las materias contenidas en: las leyes estatutarias, las leyes orgánicas, las leyes marco, los códigos y los impuestos. En la práctica, hoy se usan estas leyes, principalmente, para llevar a cabo las reformas a la administración pública. Un ejemplo típico es la Ley 1444 de 2011, expedida durante la administración Santos, *Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.*

Respecto de estas leyes y sus decretos con fuerza de ley, se realiza un “control reforzado”, en la medida en que tanto la ley como sus decretos se controlan mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad de los numerales 4º y 5º del artículo 241 de la Constitución, respectivamente.

1.2.6. Las leyes marco, cuadro o general

Estas constituyen un tipo especial de ley que para su desarrollo exige la expedición de decretos de contenido administrativo dictados por el presidente. Se encuentran en el numeral 19 del artículo 150 de la Carta, que señala que es potestad del Congreso, “Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno”, que luego serán desarrollados por los decretos in marco. Para la Corte, por estas leyes, “al legislador se le asigna por la Constitución la fijación de la filosofía y los criterios generales sobre un tema o una actividad determinada, [...] al paso

que la concreción y modificación oportuna de las normas que desarrollen esas reglas generales, será función propia del ejecutivo nacional”.¹⁴

Esta clase de leyes y los decretos que las desarrollan tienen materias precisas enunciadas en los literales del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución, fuera de las cuales, la norma resulta inconstitucional. Tales son: crédito público; comercio exterior y régimen de cambio internacional; aranceles, tarifa y régimen de aduanas; actividades financiera, bursátil, aseguradora y de captación; régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, del Congreso y de la fuerza pública y el régimen de prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales. Un ejemplo clásico de esta clase de normas es la Ley 546 de 1999, *Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el gobierno Nacional para fijar un sistema especializado para su financiación (...)*, con base en la cual son dictados los decretos in marco, especialmente los relacionados con vivienda de interés social. El control sobre estas leyes se ejerce por medio de demanda ciudadana, de conformidad con el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución.

1.2.7. Las leyes aprobatorias de tratados públicos

Esta clase de leyes son el instrumento utilizado para dar ingreso en el sistema interno a los tratados y convenios internacionales que han sido suscritos bajo el régimen del derecho internacional. En términos generales, un tratado público es un acto jurídico de carácter complejo, escrito, que materializa un acuerdo realizado entre estados, o entre organizaciones internacionales, o entre estados y organizaciones internacionales, regido tanto por normas de derecho interno como de derecho internacional.

Para el perfeccionamiento del tratado público se requiere la concurrencia de tres de los poderes públicos: el ejecutivo en la negociación, la suscripción y la ratificación del tratado, así como en la sanción de la ley aprobatoria; el legislativo en el trámite y perfeccionamiento de la ley aprobatoria expedida por el Congreso; y el judicial, en la ejecución del control por la Corte Constitucional. Es ejemplo de ley aprobatoria de tratado público, la Ley 16 de 1972, aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El control de las leyes aprobatorias de tratados públicos está previsto en el numeral

¹⁴ Sentencia C-1064 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica nº 5.1.2.1, citando la Sentencia C-725 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

10 del artículo 241, siendo posterior y automático. Por lo mismo, estas leyes, en principio, no pueden ser objeto de demanda ciudadana.

1.2.8. Las leyes que conceden amnistías o indultos generales por delitos políticos

Esta clase de leyes están previstas en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, según el cual es competencia del Congreso mediante leyes, “Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos”.

Para el derecho penal, la amnistía, el indulto y las leyes de “punto final”, son causales de extinción de la pretensión punitiva del Estado. Velásquez define la amnistía como “un acto del poder soberano mediante el cual se borran con el olvido total y absoluto las infracciones a la ley penal catalogables como de carácter político, poniendo fin tanto a los procesos comenzados o por iniciarse, como a las condenas pronunciadas”.¹⁵ Por oposición, el indulto es una causal de extinción de la sanción, que recae en los condenados penalmente. Velásquez lo define como “el acto soberano del órgano ejecutivo encaminado a atenuar, suspender condicionalmente o perdonar las consecuencias jurídicas de una condena penal ejecutoriada en un caso concreto”.¹⁶

En una primera fase de aplicación, la amnistía y el indulto fueron utilizados como instrumentos de reconciliación. Posteriormente, los presidentes y los militares la utilizaron como instrumento de impunidad, lo que llevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a establecer la regla de proscripción de amnistías, desde la famosa sentencia de fondo proferida en el *Caso Barrios Altos contra Perú*.¹⁷ Esto ha llevado a que los Estados diseñen formas ingeniosas de amnistías encubiertas y de impunidad técnica, como aconteció con la Ley 975 de 2005, de “justicia y paz” expedida por Uribe, o como eventualmente puede suceder desde el acto legislativo n° 1 de 2012, que contiene el “marco jurídico para la paz” del presidente Santos. Esta clase de leyes pueden ser objeto de control por medio de demanda ciudadana, tanto por vicios de

¹⁵ Fernando Velásquez: *Derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 1997, p. 727.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 737.

¹⁷ Corte IDH: *Caso Barrios Altos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, n° 75.

forma como por vicios de fondo, de acuerdo con el referido numeral 4º del artículo 241 de la Constitución.

1.2.9. Las leyes de expropiación por razones de equidad

El texto de Sierra incluye esta clase de leyes, aunque ya no existan en el sistema desde la expedición del acto legislativo n° 1 de 1999. Se supone que por medio de ley, se podían realizar expropiaciones sin indemnización. Si bien esta clase de ley nunca se utilizó, durante el gobierno de Pastrana las compañías multinacionales presionaron la supresión del que era el inciso final del artículo 58 de la Constitución, y el Gobierno junto al Congreso, en otro de sus usuales actos de defensa de la soberanía nacional, hicieron lo que las multinacionales les indicaron. El segmento suprimido decía:

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. Las razones de equidad así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.

Aunque se trataba de un control posterior y por vía activa, nunca fue usado, pues nunca se tuvo la entereza para expedir una ley de esta clase.

1.2.10. Las leyes sobre restricción a los límites del derecho de circulación en la isla de San Andrés

Esto, aunque es una ley específica, es propiamente un exotismo, que fue dispuesto en el inciso segundo del artículo 310 de la Constitución, que estableció:

Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del archipiélago.

De esta clase es la Ley 47 de 1993, *Por la cual se dictan normas especiales para la organización y el funcionamiento del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*, que fue objeto de control posterior por medio de demandas ciudadanas.

1.2.11. Las leyes de convocatoria a referendos constitucionales y asambleas constituyentes

Las leyes de convocatoria a referendos constitucionales están previstas en el artículo 378 de la Constitución, donde se dispone que “el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore en la ley”. Son ejemplo de estas leyes, la Ley 796 de 2003, la Ley 1327 de 2009 y la Ley 1354 de 2009, que convocaron al primer referendo sobre reforma política promovido por Uribe, al referendo de cadena perpetua para violadores de niños y al referendo de la segunda reelección de Uribe. En la misma comprensión fueron establecidas las leyes que convocan a una asamblea nacional constituyente, previstas en el artículo 376 de la Carta Política al señalar que: “Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine”. Hasta el momento no ha sido expedida ninguna ley de esta clase. El control de estas leyes fue abordado en el capítulo 4 de este texto. Como allí se dijo, se trata de un control automático y posterior.

2. La acción de inconstitucionalidad como mecanismo preferente del control sobre las leyes¹⁸

La acción de inconstitucionalidad y la de tutela son las dos acciones más importantes del sistema colombiano y deben ser defendidas por los ciudadanos. La acción de inconstitucionalidad es el instrumento que permite hacer efectivos dos mandatos: el del artículo 4º, que contiene el principio de supremacía constitucional, y el del numeral 6º del artículo 40 de la Carta, de acuerdo con el cual, los ciudadanos tenemos el derecho fundamental a proponer acciones

¹⁸ Estructuralmente esta sección es tomada de Manuel Quinche: *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá: Temis, 2012, pp. 278-287.

en defensa de la Constitución y la ley. Esta acción puede ser definida como el derecho político que tienen los ciudadanos para acudir ante la Corte Constitucional y demandar un acto reformativo de la Constitución, una ley o un decreto con fuerza de ley, cuando se considera que estos vulneran la Carta.

En los sistemas de los países andinos, las constituciones son textos muy débiles, que duran poco y se modifican mucho, razón por la cual, necesitan ser defendidos, brindándoseles a los ciudadanos, en el caso colombiano, la oportunidad de defender su Constitución por medio de esta acción pública. En sentido un tanto pretensioso, la Corte dijo alguna vez que “uno de los grandes aportes del derecho colombiano a la ciencia universal del derecho ha sido el hecho de haber consagrado por primera vez la acción pública de inconstitucionalidad, esto es, el control de constitucionalidad de las leyes mediante acción pública”.¹⁹

2.1. Breve referencia al origen de la acción

De acuerdo con la comprensión de la Corte, uno de los primeros sistemas en el mundo en establecer la acción pública de inconstitucionalidad fue el colombiano, teniendo la institución sus antecedentes en el siglo XIX.²⁰ Como punto de partida suele citarse la Constitución de 1853, que en su artículo 42, al señalar las competencias de la Corte Suprema de la Nación, disponía la del numeral 6º, que consistía en “Resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República”, para cuyo suceso debía ser ejercitada una acción procesal. En un segundo momento histórico es colocada la Constitución de 1858, que en la sección 6ª del artículo 50 dispuso que: “Corresponde a la Corte Suprema suspender la ejecución de los actos de las legislaturas de los estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación; dando cuenta de la suspensión al Senado, para que este decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”.

Es sin embargo con la Constitución federal de 1863 que se incluye por primera vez y de modo expreso, la acción ciudadana en defensa de la Cons-

¹⁹ Sentencia C-003 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica nº 3.

²⁰ Para la presentación de esta breve reconstrucción histórica se toman como referencia los trabajos de Oscar Dueñas: *Control constitucional*, Bogotá: Librería del Profesional, 1997, capítulo III, y Pedro Pablo Camargo: *Acciones constitucionales y contencioso administrativas*, Bogotá: Leyer, 2002, capítulo XI.

titución, mediante el artículo 72 según el cual: “Corresponde a la Corte Suprema suspender, por unanimidad de votos, o pedimento del Procurador General o de *cualquier ciudadano*, la ejecución de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos” (énfasis añadido). Finalmente y tras el oscuro período de la puesta en vigencia de la Constitución de 1886, durante el que no operó control constitucional alguno, merced a la dispuesto por el lamentable artículo 6º de la Ley 153 de 1887 según el cual: “Una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución”, se expidió el acto legislativo nº 3 de 1910, que estableció el control constitucional por acción pública ciudadana, mediante las fórmulas contenidas en los artículos 40 y 41:

Artículo 40. En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confiere esta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

2.2. Marco normativo de la acción

El marco de la acción comprende tres niveles: el de las reglas constitucionales, el de las reglas legales y reglamentarias y el de las reglas jurisprudenciales. En el plano constitucional, las normas de referencia son: el artículo 4º, que contiene el principio de supremacía constitucional y la excepción de inconstitucionalidad; el artículo 40, especialmente el numeral 6º, que establece el derecho a participar en el ejercicio y control del poder político, incluyendo allí la facultad de proponer acciones en defensa de la Constitución; el capítulo 4 del título VIII de la Carta, que prevé la jurisdicción constitucional, especialmente el artículo 241, numerales 1º, 4º, y 5º, que señalan la competencia de la Corte

para conocer de las demandas propuestas en contra de los actos reformativos de la Constitución, de las leyes y de los decretos con fuerza de ley; el artículo 242, que dispone reglas para la participación de los ciudadanos en el control constitucional; y finalmente el artículo 243, que regula la institución de la cosa juzgada constitucional.

En el plano de las normales legales y reglamentarias, se tiene principalmente el Decreto 2067 de 1991, *Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias concedidas al presidente por el artículo 5° transitorio de la Constitución; y el Reglamento de la Corte Constitucional, contenido en el acuerdo n° 5 de octubre 15 de 1992 de la Sala Plena, mediante el cual se unificaban en un solo texto, las normas anteriormente dispuestas en los acuerdos n° 1, 3 y 4 del mismo año. Finalmente y en el nivel de las reglas jurisprudenciales, el ejercicio de esta acción cuenta hoy con un gran número de reglas de forzosa aplicación, derivadas de las sentencias de constitucionalidad, algunas de las cuales se examinan en este trabajo.

2.3. El titular de la acción

La titularidad de la acción y la legitimación por activa se centran en la misma figura: el ciudadano. Esto por cuanto se trata del ejercicio de un derecho político, puesto en quienes ostentan la calidad de ciudadanos y ejercen la ciudadanía, la que es definida por la Corte, como “el nexo que une al Estado con un nacional para efectos de reconocerle derechos y obligaciones políticas, siempre que la persona reúna los requisitos exigidos al efecto por la ley”.²¹ La de ciudadano es una noción compleja, en la que deben concurrir las siguientes características:

- Ser de la especie humana.
- Ser nacional colombiano. Sobre el punto es necesario precisar, que el inciso 2° del artículo 100 de la Carta establece que “Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá concederle a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”.
- Ser mayor de edad. En el caso colombiano, la ciudadanía se ejerce a partir de los dieciocho años, de conformidad con el parágrafo del artículo 98 de la Constitución.

²¹ Sentencia C-003 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica n° 2.2.2.3.

- No tener suspendida la ciudadanía en virtud de sentencia judicial (art. 98 C.P.), o no haber perdido completamente los derechos políticos por decisión del Senado, de conformidad con el numeral 2º del artículo 175 de la Carta.

Así pues, para interponer la acción basta ser ciudadano, sin importar si se es servidor público, tal y como lo dispuso la Corte mediante sentencia C-543 de 1998. En sentido contrario, la acción no puede ser interpuesta por extranjeros o por personas jurídicas.

2.4. Competencia

La competencia para el conocimiento de esta acción fue asignada con exclusividad a la Corte Constitucional, de conformidad con los numerales 1º, 4º y 5º del artículo 241 de la Carta. Al respecto, es necesario diferenciar entre la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de nulidad por inconstitucionalidad prevista en el artículo 237.2 de la Constitución, que faculta al Consejo de Estado para “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”, competencia que el Consejo ejerce básicamente sobre los decretos reglamentarios (art. 189.11 C.P.), mediante la acción de simple nulidad y sobre los decretos dictados con base en la leyes marco (arts. 150.19 y 189.25 C.P.).

2.5. Caducidad y procedencia de la acción

La caducidad es una figura procesal que opera a modo de sanción para el accionante, que consiste en la pérdida de la oportunidad para proponer la acción, por no haber ejercitado su derecho dentro de un lapso de tiempo previsto por la ley. El fenómeno de la caducidad opera en un doble plano respecto de la acción de inconstitucionalidad, según el demandante alegue la existencia de vicios de forma o de vicios de fondo. Si lo que se alega es la existencia de un vicio de forma, es decir, la violación de los pasos y requisitos previstos para el trámite de los proyectos de ley o de acto legislativo, por la Constitución o por la Ley 5ª de 1992, orgánica del Congreso, materializados en los principios de publicidad, consecutividad, unidad de materia e identidad flexible, entonces será aplicable la regla prevista en el numeral 3º del artículo 242 de la Carta, según la cual, “Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año,

contado desde la publicación del respectivo acto”. En sentido contrario, si lo que se alega es la existencia de un vicio de fondo, no opera término de caducidad alguno. Un buen ejemplo de inexistencia del término de caducidad por vicios de fondo, es el ofrecido por la Ley 153 de 1887, que hasta el año 2006, ha sido objeto de numerosas demandas y pronunciamientos.²²

2.6. Finalidad y objeto

La finalidad de esta acción, obviamente, es la defensa de la integridad y supremacía de la Constitución. Adicionalmente y de conformidad con lo dispuesto por los numerales 1º, 4º y 5º del artículo 241, esta acción recae sobre:

- a. Los actos reformatorios de la Constitución. El artículo 374 prevé tres mecanismos de reforma de la Constitución, a saber:
 - El acto legislativo, que se tramita en su totalidad por el Congreso de la República, según la estructura general que se describe en el artículo 375 de la Constitución.
 - El referendo constitucional, materializado en un acto legislativo, que es un mecanismo complejo, descrito en los artículos 377 y 378 de la Constitución, cuyo trámite involucra la participación de todos los poderes públicos, siendo convocado por ley, aprobado o improbadado por votación popular y revisado por la Corte Constitucional, previa demanda.
 - La asamblea nacional constituyente, que consiste en la conformación de un cuerpo constituyente, que será convocado mediante consulta hecha al pueblo, para que sesione y elabore la reforma de la Constitución, de conformidad con el artículo 376 de esta.
- b. Las leyes. La ley es la norma emanada del Congreso de la República, que ha agotado los trámites mínimos previstos por el artículo 157 de la Constitución Política, observando los requisitos y procedimientos dispuestos por la Ley 5ª de 1992. En el sistema colombiano existen leyes de diversa clase, siendo todas ellas demandables, con excepción de la ley que convoca al referendo constitucional (art. 241.2), la ley estatutaria (arts. 153 y 241.8) y las leyes aprobatorias de tratados pú-

²² Ente otras, las contenidas en las sentencias C-224 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía, C-083 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz, C-037 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-836 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil y C-200 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

blicos (art. 241.10), que son objeto de control oficioso o automático (es decir, sin demanda ciudadana), según el caso.

- c. Los decretos con fuerza de ley. Se denomina decretos a las normas emitidas por las principales autoridades administrativas del orden nacional, departamental, municipal y distrital. En el caso del presidente, este expide, entre otros, los decretos con fuerza de ley, con base en lo dispuesto en los artículos 150.10 y 341 de la Constitución.
- Los decretos con fuerza de ley dictados con base en leyes de facultades extraordinarias (art. 150.10 C.P.). Como se dijo, las leyes de facultades extraordinarias son una clase especial de leyes por las cuales el Congreso, titular de la función legislativa, se despoja de ella para habilitar temporalmente al presidente, a efecto de que por medio de decretos, ejerza la potestad legislativa. En este sentido, los ciudadanos pueden demandar, tanto la ley de facultades como los decretos que se dictan con base en ella. Así por ejemplo, por medio del artículo 120 de la Ley 489 de 1998, fueron concedidas facultades extraordinarias al presidente, para reestructurar la administración central, y este las ejerció, entre otras, por medio de los decretos Ley 1064 y 1065 de 1999, que suprimieron los cargos en la Caja Agraria. Los ciudadanos en ejercicio de la acción acudieron a la Corte Constitucional, la cual declaró la inexecuibilidad tanto del artículo de la ley como de los decretos.²³
 - El decreto con fuerza de ley del Plan Nacional de Inversiones (art. 341, inc. 3). Esta es una clase especial de ley, de carácter técnico-político, que se tramita por iniciativa del gobierno, con participación de los organismos técnicos del Estado y que contiene, en términos normativos, el plan de gobierno para el período de cada presidente. En caso de no ser aprobada la ley por el Congreso, el presidente podría poner en vigencia su plan, mediante la expedición de un decreto con fuerza de ley, que puede ser objeto de demanda ciudadana. Así por ejemplo, durante la

²³ El artículo 120 de la Ley 489 de 1998 fue declarado inexecutable por medio de la sentencia C-702 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz, y los decretos ley 1064 y 1065 de 1999 fueron declarados inexecutable, con efectos retroactivos, por medio de la sentencia C-918 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

administración Pastrana fue expedida la ley del plan 508 de 1999, la cual fue demandada y declarada inexequible por la sentencia C-557 de 2000,²⁴ por lo cual, fue posteriormente expedido el Plan Nacional de Desarrollo denominado *Cambio para construir la Paz*, por medio del Decreto Ley 955 de 2000, que también fue declarado inexequible por la sentencia C-056 de 2001.²⁵

Se debe agregar además que, en general, puede ser demandada ante la Corte Constitucional la totalidad de una ley o decreto, algunos artículos, numerales, literales o expresiones, con la única condición de que sean expresiones lingüísticas. En sentido contrario, no pueden ser demandados signos de puntuación. La Corte ha precisado incluso que pueden ser demandados los títulos de las leyes, pues “pese a carecer de valor normativo, exhibe valor como criterio de interpretación de las normas contenidas en el cuerpo de la ley”.²⁶

2.7. Requisitos de procedencia y de admisión de la demanda

La norma es el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, que establece cinco requisitos de fácil cumplimiento: el señalamiento de las normas demandadas, su transcripción literal, la identificación de las normas constitucionales que se consideren vulneradas, las razones de la violación, la indicación del trámite adecuado cuando se plantea un vicio de forma y la razón de la competencia de la Corte. Durante una primera etapa, la Corte dio una interpretación que facilitaba al ciudadano el acceso a la jurisdicción, entendiendo que los allí consignados, eran “unos requisitos mínimos razonables que buscan hacer más viable el derecho sin atentar en ningún momento contra su núcleo esencial”,²⁷ de donde se entendía que el estándar de satisfacción era el exigible a un ciudadano corriente y no a un especialista en derecho.

La anterior postura fue modificada en el año 2001, cuando tras el cambio magistrados de la Corte, fueron ajustadas las reglas jurisprudenciales, exigiéndose que las razones de la violación señaladas por el actor fuesen “claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes”, so pena de declararse inhibida

²⁴ Sentencia C-557 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁵ Sentencia C-056 de 2001, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁶ Sentencia C-152 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica nº 4.1.1.

²⁷ Sentencia C-131 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica nº 1.4.

la Corte para pronunciarse, pues “de emitir la Corte un pronunciamiento de fondo con base en una demanda que no contiene una razonable exposición de los motivos por los cuales se estima la violación, se estaría dando a la acción de inconstitucionalidad una vocación oficiosa que es contraria a su naturaleza”.²⁸ Un caso específico de aplicación de este criterio, es el contenido en las sentencias C-1299 y C-1300 de 2005, por medio de las cuales la Corte se inhibió de conocer de la constitucionalidad de la penalización del aborto, lo que condujo a una nueva demanda, cuyo trámite finalizó con la expedición de la sentencia C- 355 de 2006.

2.8. Trámite de la acción

La cuerda procesal de esta acción fue dispuesta por el Decreto 2067 de 1991, mediante el trámite del proceso constitucional ordinario. Como ocurre con cualquier tipo de demanda, una vez radicada y repartida, se somete a estudio de admisibilidad, para lo cual se cuenta con un término de diez días, pudiendo tomarse una de las siguientes tres decisiones:

- Inadmitir la demanda, lo que acontece cuando el escrito no satisface los requisitos ya mencionados. Allí les son otorgados a los accionantes tres días para subsanar.
- Rechazar la demanda, por no haber sido subsanada la inadmisión en término, o cuando haya falta de competencia, o haya operado el fenómeno de la caducidad por vicios de forma, que es de un año.
- Admitir la demanda, lo que tendrá lugar mediante auto, en el que a su vez se ordenará: a) comunicar la admisión de la demanda al presidente de la República, al presidente del Congreso, así como a los organismos del Estado que hubieren participado en la elaboración o expedición de las normas (art. 11 del Decreto 2067 de 1991); b) correr traslado al procurador general de la Nación, a fin de que rinda concepto, en virtud de la competencia fijada por el artículo 278.5 de la Constitución; y c) fijar en lista el proceso durante el término de diez días, para que cualquier ciudadano defienda o impugne la constitucionalidad de las normas demandadas.

²⁸ Sentencia C-1052 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideraciones jurídicas n° 3.4.1.-3.4.4.

En todos los casos, el magistrado sustanciador tendrá la facultad de decretar y practicar pruebas si lo considera procedente, de invitar a expertos o autoridades para que conceptúen acerca de asuntos específicos del proceso, así como la facultad de citar a audiencia pública, cuando la trascendencia o importancia del tema así lo amerite, como aconteció, por ejemplo, durante el trámite del control constitucional ejercido sobre la Ley 796 de 2003, que convocaba a un referendo constitucional.²⁹

Surtidos los anteriores trámites y vencido el término de treinta días de traslado al procurador, comenzarán a correr treinta días para la redacción del proyecto de sentencia por parte del magistrado sustanciador, proyecto que será llevado a la Sala Plena para que esta tome la decisión de fondo en el término de sesenta días. Como nota adicional se precisa que la Corre Constitucional es uno de los pocos despachos judiciales del país que cumplen los términos dispuestos por la ley para el trámite de los procesos.

2.9. La sentencia, su notificación y sus efectos

Sobre este punto es necesario precisar cuando menos tres temas subsidiarios: el de la cosa juzgada constitucional; el de la modulación de los fallos y la clasificación de las sentencias; y el de la determinación de las partes de las sentencias de la Corte Constitucional, que son de obligatoria observancia para la totalidad de los operadores jurídicos. Aquí será referido tan solo el tema de la cosa juzgada constitucional.

De conformidad con el artículo 243 de la Constitución, “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”, lo que implica que la norma no puede ser demandada nuevamente ante la Corte, y lo que es más importante, que ninguna otra autoridad (por ejemplo el presidente, el gobernador, los alcaldes, las asambleas o los concejos municipales) puede emitir normas que reproduzcan o vuelvan a plasmar, el contenido del acto declarado inexecutable. Desde el comienzo de sus actividades, la Corte precisó, mediante sentencia C-131 de 1993, las características de la cosa juzgada constitucional, las cuales han sido mantenidas por la jurisprudencia a lo largo de los años; estas son:³⁰

²⁹ Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁰ Sentencia C-131 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica n° 2. En idéntico sentido, la sentencia C-037 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

- a. La sentencia tiene efectos *erga omnes* y no *inter partes*.
- b. La sentencia obliga para todos los casos futuros y no solo para el caso concreto.
- c. Como todas las cosas juzgadas, no se puede juzgar nuevamente por los mismos *motivos*.³¹
- d. Las sentencias sobre temas de fondo no pueden ser objeto nuevamente de competencia, pues se ha confrontado la norma con toda la Constitución, no en atención exclusivamente a la *causa petendi*.
- e. Todos los operadores jurídicos quedan obligados.

Alrededor de la sentencia y sus efectos, debe precisarse que las decisiones de la Corte Constitucional tienen efectos desde el día de la Sala y no desde la notificación formal del fallo. La Corte fue forzada a adoptar esta regla, pues en la práctica sucedía que muchos funcionarios y entidades que se sentían afectados por las consecuencias del fallo, en vez de someterse a la decisión, adoptaban toda clase de medidas estratégicas durante el lapso de notificación de fallo, de modo tal que al final hacían nugatorio el control de constitucionalidad ejercido.³²

3. El control judicial sobre las leyes

La competencia de la Corte Constitucional para ejercer control sobre las leyes fue establecida en el numeral 4º del artículo 241 de la Carta Política, de acuerdo con el cual es función de la Corte:

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

En este sentido, el control de la Corte se despliega en dos escenarios: el control por vicios de forma y el control por vicios de fondo, como se explica a continuación.

³¹ Es necesario precisar que si la Corte se pronunció únicamente por los motivos expuestos en la demanda, surge el fenómeno de la cosa juzgada relativa y, en consecuencia, los ciudadanos podrán demandar la misma norma, pero por motivos distintos. Un ejemplo es el contenido en la sentencia C-152 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, donde se analizó la constitucionalidad de la *Ley María*.

³² Ver, entre otros fallos, la sentencia T-660 de 2003, citada por la sentencia T-200 de 2004 M. P. Clara Inés Vargas.

3.1. El control sobre las leyes por vicios de forma

El punto de partida de esta competencia radica en entender que el de aprobación de las leyes es un trámite normativo, es decir, que se trata de un procedimiento reglado, sometido a reglas jurídicas de procedimiento. En este sentido, se trata de un control jurídico que recae sobre la totalidad del trámite legislativo, y en algunos casos, sobre las etapas previas al trámite de la iniciativa en el Congreso. Por lo mismo, es un trámite ineludible, sometido a los principios de supremacía de la Constitución y de legalidad, objeto de control estricto de constitucionalidad, que no puede ser soslayado por “la voz del pueblo” o por la popularidad de un presidente.

Respecto del control de las leyes por vicios de forma, la cuestión central está en establecer si durante el trámite fueron violados o no los principios que rigen el trámite legislativo, como son los principios de publicidad, consecutividad, unidad de materia e identidad flexible. Si bien la Corte Constitucional ha precisado que la violación de los dos últimos no conduce a un vicio de forma, sino de fondo, se procede a su presentación en esta sección.

3.1.1. El principio de publicidad

Este principio materializa el derecho que tenemos todas las personas a ser informados acerca de las actuaciones y decisiones que hacen o toman las autoridades públicas, y en este sentido está vinculado al derecho fundamental de información. Para el caso del trámite legislativo, la publicidad debe desplegarse en dos planos: en el plano externo, en el plano ciudadano, mediante la puesta en conocimiento público de las decisiones relacionadas con la realización y aprobación de los proyectos de ley (la radicación y publicación de los proyectos de ley; el debate, las etapas de aprobación o el archivo de estos; y la expedición final de la ley en caso de acontecer); y en el plano interno, el propio Congreso de la República, mediante la puesta en conocimiento a cada uno de los parlamentarios intervinientes en el trámite legislativo, del estado del trámite de la iniciativa, de las adiciones, supresiones y modificaciones acontecidas sobre el proyecto, y en general, acerca de los distintos sucesos que acaecen a la iniciativa durante el trámite en las cámaras. La idea que está en la base es que el cumplimiento del debate, la materialización del principio democrático, supone que los parlamentarios estén informados acerca del contenido y la situación de lo que discuten y eventualmente aprueban.

La Ley 5ª de 1992 establece diversos momentos de realización del principio de publicidad (así por ejemplo, la publicación del proyecto de ley en la *Gaceta* del Congreso - art. 144 de la Ley 5ª de 1992), de la ponencia para debate (art. 156 de la Ley 5ª de 1992), y una referencia integral al suceso de la publicidad, contenida en el artículo 130 de la Ley 5ª de 1992, tal y como fuere modificado por el artículo 2º de la Ley 1431 de 2011, el cual establece que: “Las actas de las sesiones plenarias, comisiones, los proyectos de acto legislativo, los proyectos de ley, las ponencias y demás información que tenga que ver con el trámite legislativo deberán ser publicados en la *Gaceta* del Congreso, órgano de publicación de la rama legislativa, la cual se publicarán en la página web de cada cámara; con esta publicación se dará por cumplido el requisito de publicidad”.

Durante el trámite legislativo, la publicidad puede ser satisfecha por medio de diversos instrumentos: la publicación en la *Gaceta* del Congreso, la publicación en la página web de cada cámara, el medio mecánico (fotocopias) y, finalmente, el Diario Oficial. La falta de satisfacción de la publicidad da lugar al vicio de forma y a la declaratoria de inexecutable.

3.1.2. El principio de consecutividad

La consecutividad exige seguir el orden del trámite legislativo establecido en el artículo 157 de la Constitución Política y en la Ley 5ª de 1992. En virtud de este principio “se garantiza que se tramiten los proyectos de ley en 4 debates consecutivos (3 si hay sesiones conjuntas), de manera que se asegure la concertación de la actividad legislativa y la eficacia de la misma. La consecutividad implica, además, examinar y debatir la totalidad de los temas propuestos y la prohibición, tanto de las Comisiones como de las Plenarias, de diferir el debate de los temas propuestos a la siguiente célula legislativa que deben conocer el proyecto”.³³

La integridad del principio de consecutividad está relacionada, entre otros, con dos asuntos determinantes: presentación y trámite de las *enmiendas*, por las que se modifica o adiciona el texto original del proyecto de ley; y realización del *debate* en cada una de las etapas del trámite legislativo.

Este asunto fue tratado específicamente por la Corte en la sentencia C-370 de 2004, en la que fueron declarados inexecutable numerosos artículos de la Ley 818 de 2003, habiéndose presentado un caso de elusión legislativa

³³ Juan Lancheros et ál.: *Trámite legislativo ordinario*, Bogotá Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 111.

(de elusión del debate de algunos temas introducidos en el proyecto de ley por medio de proposiciones aditivas) sobre beneficios tributarios para agricultores. El caso estaba relacionado con la radicación de un proyecto de ley por parte de un senador, proyecto destinado a eliminar el impuesto del IVA a la panela, para estimular a sus productores, quienes en general son pequeños agricultores humildes. Días después el Ministerio de Hacienda radicó otro proyecto, que establecía estímulos tributarios al mismo sector, razón por la cual, ambos proyectos fueron acumulados, siendo llevados a sesión conjunta de las comisiones terceras de Senado y Cámara, donde sucedieron dos cosas: se negó la inclusión de los beneficios para los cultivadores de palma africana (que había sido propuesta por otros parlamentarios), y se aprobó la inclusión de los beneficios para el cultivo de peces. Así pasó el proyecto a plenaria de la Cámara. No obstante, ya en plenaria, los parlamentarios incluyeron de nuevo la exención tributaria para la palma africana, pasando así el proyecto a la plenaria del Senado, donde fue también aprobado, siendo luego sancionado por el presidente y publicado en el *Diario Oficial*.

Frente a ese estado de cosas, un ciudadano demandó la ley, alegando la existencia del vicio de forma, al haber sido eludido el debate sobre los beneficios para palma africana, con lo cual se violaba el principio de consecutividad de los debates. Al considerar el caso, la Corte insistió en que el debate de las iniciativas debe ser hecho con el lleno de los requisitos constitucionales, precisando que su elusión implica la inconstitucionalidad de la iniciativa, lo que sucedió, pues el Congreso tiene “el deber no sólo de votar las iniciativas legislativas sino de debatirlas de forma suficiente, con el fin de que esa representación popular tenga una verdadera efectividad en el Estado social de derecho y se garanticen de esa manera el principio democrático y los principios de transparencia y publicidad que deben informar la actividad legislativa”.³⁴

3.1.3. El principio de unidad de materia

Este principio, que corresponde a una adecuada técnica legislativa, permite verificar que el proyecto de ley y los artículos que lo integran se refieran a una misma materia, a un mismo asunto. El principio tiene como fundamento el artículo 158 de la Constitución, el cual establece que: “Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o

³⁴ Sentencia C-370 de 2004, M. M. P. Jaime Córdoba Triviño y Álvaro Tafur Galvis.

modificaciones que no se relacionen con ellas”, así como su artículo 169, al disponer que: “El título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido...”.

La unidad de materia de un proyecto de ley se evalúa desde la constatación de dos elementos: el núcleo temático rector del proyecto (i), y una relación de conexidad entre ese núcleo temático y el articulado del proyecto (ii). La Corporación dijo que el propósito del principio de unidad de materia “es el de lograr la racionalización y tecnificación del proceso legislativo, en forma tal que la discusión y la aprobación del articulado que se somete a la consideración del Congreso de la República se ordene alrededor de un ‘*eje central*’, en relación con el cual todas las partes de un proyecto de ley han de guardar necesaria coherencia y armonía” (énfasis añadido).³⁵ Agregó, además, en el mismo fallo que “dicha unidad solo se rompe cuando existe absoluta falta de conexión o incongruencia causal, temática, sistemática y teleológica entre los distintos aspectos que regula la ley y la materia dominante de la misma”. A partir de lo anterior se articula lo que bien puede ser llamado el *test de unidad de materia*, que Lancheros describe en tres pasos:³⁶

- i. Identificación del núcleo temático del proyecto de ley. En este paso debe ser establecida la materia dominante del proyecto y debe ser definida su amplitud temática.
- ii. Identificación del alcance de la disposición discutida. Se trata de evaluar desde el contenido, el sentido y alcance del enunciado que se considera es ajeno al núcleo temático del proyecto de ley.
- iii. La conclusión, que consiste en un juicio de existencia o inexistencia de la conexidad temática, causal, teleológica o sistemática que debe existir entre el núcleo temático del proyecto y la disposición o norma examinada.

3.1.4. Principio de identidad flexible

Si el principio de unidad de materia se refiere a la consistencia temática del proyecto de ley que se radica y que luego se tramita, el principio de identidad flexible atiende propiamente al trámite de ese proyecto, en el sentido de que

³⁵ Sentencia C-370 de 2004, M. M. P. P. Jaime Córdoba Triviño y Álvaro Tafur Galvis, citando la sentencia C-568 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

³⁶ Juan Lancheros et ál.: *Trámite legislativo ordinario*, cit., p. 117.

el proyecto de ley debe conservar su identidad a lo largo de todo el trámite legislativo, de modo tal que las adiciones, modificaciones o enmiendas de las que sea objeto durante dicho trámite, no lo conviertan en otro proyecto distinto del que fue radicado.

La Corte Constitucional lo define específicamente señalando que: “El principio de identidad flexible o relativa supone que el proyecto de ley que cursa en el Congreso sea el mismo durante los cuatro debates parlamentarios, bajo el entendido que las comisiones y las plenarias de las cámaras pueden introducir modificaciones al proyecto (artículo 160 C.P.), y que las discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara se puede superar mediante un trámite especial (conciliación mediante Comisiones de Mediación), que no implica repetir todo el trámite”.³⁷

A efectos de evaluar si las supresiones, modificaciones o adiciones introducidas a un proyecto de ley durante el trámite, han afectado la identidad del proyecto, Lancheros señala que han sido articulados tres criterios que permiten hacer el escrutinio:³⁸

- i. La enmienda debe guardar identidad con los temas debatidos y aprobados en los debates ya transcurridos. Por lo mismo, no deben ser incluidos temas nuevos que no tengan relación con los ya tramitados.
- ii. Al igual que ocurre con el principio de unidad de materia, las enmiendas deben guardar relación de conexidad material con los asuntos ya considerados.
- iii. Las enmiendas deben referirse a temas que hayan sido siempre objeto de debate, en virtud de lo cual no pueden referirse a temas autónomos.

3.2. El control sobre las leyes por vicios de fondo

El examen material o por vicios de fondo, consiste propiamente en el contraste o confrontación que realiza la Corte Constitucional entre la norma demandada y la Constitución Política. Como ya fue mencionado, la formulación del cargo debe revestir ciertas características, exigiéndose hoy que el accionante dé razones “claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes”, lo que exige no solo ingenio, sino también ilustración en materia constitucional.

³⁷ Sentencia C-453 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n° 4.3.

³⁸ Juan Lancheros et ál.: *Trámite legislativo ordinario*, cit., p. 115.

Capítulo VI

El control sobre los decretos con fuerza de ley*

... y a quien él proclamó por decreto matriarca de la patria
con el argumento simple de que madre no hay sino una, la
mía,...

Los presidentes colombianos, al igual que el personaje central de *El otoño del patriarca* todo lo pueden por decreto. El patriarca mediante decreto canonizó a Bendición Alvarado, su madre, la designó *Matriarca de la patria*, y tiempo después mediante otro decreto, declaró el *Estado de peste* en toda la nación. Los presidentes colombianos mediante decreto han solucionado la vida de sus amigos ineptos o desempleados, han colocado en el cuerpo diplomático amigos, abogados prestigiosos, “avivatos” y delincuentes; han perseguido opositores políticos y, sobre todo, al igual que el patriarca garciamarquiano, han transformado la legislación en algo propio, en algo suyo, en algo de ellos.

Se da el nombre de decretos a un tipo de normas que expiden las autoridades administrativas, es decir, el presidente, los gobernadores y los alcaldes. En el nivel nacional, se encuentran entonces los decretos presidenciales, que son las normas que expide el presidente de la República, en ejercicio de las facultades normativas que le otorga la Constitución, o en ejercicio de facultades abusivas que él mismo se arroga.

Los decretos son un componente muy peligroso del sistema jurídico, en la medida en que su expedición minimiza o suprime el principio democrático, pues por lo general dependen de la voluntad unilateral de un solo sujeto, para el caso, el presidente de la República.

* Algunos de los elementos expositivos de esta sección fueron tomados de Manuel Quinche y Franky Urrego: *Los decretos presidenciales en el sistema normativo*, Bogotá: Doctrina y Ley, 2011, así como de Manuel Quinche: *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

** Gabriel García Márquez: *El otoño del patriarca*, Bogotá: Oveja Negra, 1989, p. 40.

La expedición y vigencia de los decretos está muy vinculada al presidencialismo, adoptado como modelo político en los países de América Latina. Brewer señala que el constitucionalismo de los países latinoamericanos ha sido edificado desde la recepción de siete aportes políticos fundamentales del constitucionalismo moderno, heredados de las experiencias norteamericana y francesa del siglo XVIII. Tales elementos son, a saber:¹ la idea de la existencia de una Constitución como carta política escrita, emanación de la soberanía popular; el nuevo papel del pueblo como agente protagónico de la constitucionalización del Estado; el reconocimiento y la declaración formal de los derechos del hombre y del ciudadano; la idea central de la separación de poderes; la formulación de los sistemas de gobierno dominantes en el mundo moderno: el presidencialismo y el parlamentarismo; el nuevo papel del poder judicial, con la formulación de la independencia de los jueces; y el establecimiento de una nueva organización territorial del Estado, articulada como federalismo o como municipalismo.

El quinto de esos elementos, el régimen presidencialista, ha adquirido una fisonomía propia en la región, hasta erigirse en el rasgo dominante de la institucionalidad en los países de América del Sur. El presidente latinoamericano, como ningún otro, tiene amplias facultades normativas y en este sentido expide permanentemente decretos, muchos de los cuales sustituyen a la ley. Este asunto, de suyo problemático, se vuelve más complicado si se considera la irresponsabilidad de los presidentes latinoamericanos y especialmente del colombiano.

En términos reales, el presidente de Colombia, al igual que muchos otros de la región, no responde por nada. A lo máximo que se puede aspirar, es a que asuma la responsabilidad política por sus actos o por los de quienes conforman el Gobierno Nacional. Sin embargo, la experiencia indica que la asunción de las responsabilidades políticas no va más allá de las palabras, pues asumir la responsabilidad presidencial no trae ninguna consecuencia jurídica real. En Colombia los ciudadanos asumimos todas las responsabilidades, mientras que el presidente no asume ninguna.

¹ Alan Brewer: *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 22-25.

La clasificación de los decretos en Colombia ha sido problemática. Se acoge aquí la clasificación hecha por Quinche y Urrego,² según la cual, los decretos presidenciales pueden ser clasificados en tres grupos:

- a. Los decretos de contenido legislativo, donde estarían los decretos con fuerza de ley, los decretos legislativos, el decreto del plan nacional de inversiones y los decretos estatutarios regulares, dictados con base en facultades extraordinarias otorgadas por el poder constituyente primario.
- b. Los decretos de contenido administrativo, donde estarían los decretos simplemente ejecutivos, los decretos reglamentarios, los decretos marco y los decretos compiladores.
- c. Los decretos atípicos, que son propiamente las normas que se inventan algunos presidentes, donde estarían los decretos enmienda o de corrección de yerros, los hoy inexistentes “reglamentos constitucionales”, los decretos orgánicos y los decretos estatutarios irregulares, dictados con base en facultades extraordinarias otorgadas por el poder constituyente secundario.

De conformidad con el numeral 5° del artículo 241 de la Carta, es función de la Corte: “5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación”. Una interpretación restrictiva del enunciado indicaría que la competencia de la Corte se limita a ejercer control sobre los decretos con fuerza de ley que se expiden con base en las leyes de facultades extraordinarias (art. 150.10) y del Decreto del Plan Nacional de Inversiones (art. 341).

Sin embargo y con acierto, la Corte ha ejercido competencia según el criterio material, también sobre los decretos estatutarios regulares, los decretos estatutarios irregulares, los decretos compiladores, los decretos de corrección de yerros y los decretos orgánicos, en la medida en que sus contenidos son los mismos de la ley, y que por lo mismo, no pueden quedar en manos del Consejo de Estado, a pesar de la cláusula del numeral 2° del artículo 237 de la Constitución, según la cual, a ese tribunal le corresponde: “2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno

² Manuel Quinche y Franky Urrego: *Los decretos presidenciales en el sistema normativo*, cit.

nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte constitucional”, pues como se sabe, allí no se ejerce control constitucional, sino simple control de legalidad (i), los ya enumerados no son propiamente decretos de contenido administrativo sino legislativo (ii), y es necesario preservar la vigencia del Estado constitucional y los derechos de las personas (iii).

Para desarrollar el tema se procederá de la siguiente manera: en primer lugar, se hace una presentación general de las tres maneras como en el sistema colombiano son otorgadas facultades extraordinarias al presidente para que legisle por medio de decretos con fuerza de ley (i). Esta presentación es útil y necesaria, pues cada una de esas modalidades implica a su vez diversos niveles de control constitucional. En segundo término y como asunto preliminar, se examinan los criterios de competencia para el ejercicio del control sobre diversas clases de decretos (ii), para desde allí abordar los decretos con fuerza de ley expedidos con base en leyes de facultades extraordinarias (art. 150.10 C.P.), que son aquellos a los que se refiere expresamente el numeral 5° del artículo 241 de la Carta Política (iii) y el Plan Nacional de Desarrollo y su decreto con fuerza de ley (iv). Finalmente, son explicitadas las reglas de control constitucional sobre los demás decretos que tengan fuerza de ley (v).

1. Las tres clases de facultades extraordinarias que se otorgan al presidente para que expida decretos con fuerza de ley

El numeral 5° del artículo 241 de la Constitución establece que la Corte Constitucional tiene competencia para ejercer control sobre los decretos con fuerza de ley que expida el presidente, con base en las facultades extraordinarias que le haya concedido el Congreso por medio de una ley, de conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución. No obstante, debe precisarse que esa no es la única manera como se habilita al presidente para que expida normas con fuerza de ley, pues en Colombia pueden ser identificados tres modos de otorgar esa potestad: las facultades extraordinarias otorgadas por el poder constituyente primario (i); las facultades extraordinarias otorgadas por el poder constituyente secundario (ii); y las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República en su calidad de órgano legislativo (iii). A continuación se examinan esas modalidades y se anticipan algunos de los elementos del control para cada una de ellas.

1.1. Las facultades extraordinarias otorgadas al presidente por el *poder constituyente primario* mediante artículos transitorios de la Constitución

El poder constituyente primario en el año de 1991, por medio de artículos transitorios, hizo tres tipos de habilitaciones normativas al presidente de la República, así: facultades extraordinarias para expedir decretos, otorgadas por el constituyente primario al presidente (i), las cuales darían lugar a los *decretos estatutarios regulares*; facultades ordinarias para expedir decretos, otorgadas por el constituyente primario (ii) y facultades ordinarias supletivas otorgadas al presidente por el constituyente primario (iii). A continuación se describen unas y otras, en la idea de la demarcación de tareas y de competencias.

1.1.1. Las facultades *extraordinarias* otorgadas al presidente para expedir decretos

Tres normas transitorias conceden precisas facultades extraordinarias al presidente, por medio del poder constituyente primario; estas son:

- El artículo 5 transitorio, que facultó extraordinariamente al presidente para expedir normas que organizaran a la Fiscalía General de la Nación, a la Corte Constitucional y al Consejo Superior de la Judicatura, así como para expedir el Código de Procedimiento Penal, reglamentar la acción de tutela y expedir el Presupuesto General de la Nación de 1992.
- El artículo 23 transitorio, que facultó extraordinariamente al presidente para que fijara el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que debían surtirse ante la Corte Constitucional.
- El artículo 39 transitorio, que facultó extraordinariamente al presidente para que ajustara el funcionamiento de las antiguas intendencias y comisarías, ahora convertidas en departamentos.

Las materias contenidas en las anteriores facultades están referidas a la administración de justicia, los derechos fundamentales, la expedición de códigos y el régimen administrativo y territorial. Por lo mismo, son asunto de leyes estatutarias, de códigos y de leyes orgánicas. De esta manera, la habilitación hecha por el constituyente primario es realmente extraordinaria, por vincular materias prohibidas para habilitaciones en *leyes* de facultades extraordinarias.

1.1.2. Las facultades *ordinarias* otorgadas al presidente para expedir decretos

Al lado de las anteriores, el constituyente de 1991 concedió al presidente otras facultades legislativas, cuyas materias son de aquellas que pueden ser ejercidas por medio de leyes de facultades extraordinarias y por leyes ordinarias. Entre estas se encuentran: la habilitación del artículo 13 transitorio, que facultó al presidente para que dentro de los tres años siguientes a la vigencia de la Constitución, dictara las normas que facilitarían la reinserción de miembros de grupos armados al margen de la ley; y la del artículo 30 transitorio, que facultó al presidente para que dentro de los dieciocho meses siguientes a la vigencia de la Constitución, suprimiera, fusionara o reestructurara las entidades de la rama ejecutiva y del sector descentralizado por servicios.

1.1.3. Las facultades *ordinarias supletivas* otorgadas al presidente para expedir decretos

Estas habilitaciones, que tampoco son “extraordinarias”, son *supletivas*, en cuanto que proceden únicamente en aquellos eventos en los que el Congreso no haya expedido la legislación que debiera. De esta categoría son: la habilitación del artículo 21 transitorio, que facultó al presidente para expedir las normas sobre el régimen de carrera administrativa (art. 125 C.P.), siempre que el Congreso no hubiere expedido la legislación dentro del año siguiente a la expedición de la Constitución; la habilitación del artículo 43 transitorio, que facultó al presidente para expedir una reforma fiscal, siempre y cuando el Congreso no la hubiere llevado a cabo dentro de los dieciocho meses siguientes a la expedición de la Constitución; la habilitación del artículo 48 transitorio, que facultó al presidente a expedir legislación sobre la prestación de servicios públicos, dado el caso que pasadas dos legislaturas desde la expedición de la Constitución de 1991, el Congreso no hubiere expedido la respectiva normatividad; la habilitación del artículo 49 transitorio, que facultó al presidente a expedir normas sobre regulación de las actividades financiera, bursátil y aseguradora, en caso de que pasadas dos legislaturas desde la expedición de la Constitución, el Congreso no hubiese expedido la respectiva normatividad; la habilitación del artículo 51 transitorio, que facultó al presidente para expedir las normas relativas al ejercicio de las funciones del Banco de la República, dado el caso que transcurrido un año desde la radicación del proyecto de ley sobre la materia, este no hubiere sido aprobado; la habilitación del artículo

55 transitorio, que facultó al presidente a expedir las normas tendientes al reconocimiento del derecho de propiedad sobre la tierra, del que son titulares las comunidades negras en las zonas ribereñas de los ríos del Pacífico, en caso de que el Congreso no hubiere expedido la normatividad correspondiente después de transcurridos dos años de la vigencia de la Constitución de 1991.

1.2. Las facultades extraordinarias otorgadas al presidente por el Congreso de la República en calidad de *poder constituyente secundario* mediante actos legislativos

Tras la llegada de Álvaro Uribe a la Presidencia de la República (2002-2006 y 2006-2010), se estableció por primera vez en Colombia, el otorgamiento de facultades extraordinarias al presidente por medio de actos reformativos de la Constitución (actos legislativos), para que de este modo, expidiera decretos sobre materias prohibidas, es decir, sobre las materias que el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución prohíbe sean tratadas por medio de decretos presidenciales, como son las relacionadas con leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes marco, la expedición de códigos y el establecimiento de impuestos.

De esta manera, se dio lugar a los *decretos estatutarios irregulares*, es decir, a decretos expedidos por el presidente, con base en facultades extraordinarias otorgadas por el poder constituyente secundario, por medio de actos legislativos, que regularan sobre materias contenidas principalmente en leyes estatutarias.

Desafortunadamente, la Corte Constitucional avaló esa usurpación³ y permitió que el presidente se apropiara, de manera inconstitucional, de materias reservadas al Congreso mediante ley estatutaria, permitiendo además la violación de las reglas vigentes sobre control constitucional. Razón tenían quienes salvaron el voto, al sostener que las habilitaciones que dan lugar a los decretos estatutarios son inexecutable “por vulneración grave del principio de separación de las ramas del poder en un Estado Democrático, para lo cual el Congreso de la República como constituyente derivado carece de competencia pues, si bien es cierto que tiene atribuciones para reformar la Constitución Política, también lo es que su competencia al respecto no es ilimitada”.⁴

³ La usurpación fue permitida inicialmente por medio de la sentencia C-1200 de 2003, M M P P Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil, siendo posteriormente avalada por las sentencias C-970 y 971 de 2004, M M P P Rodrigo Escobar Gil y Manuel José Cepeda Espinosa, respectivamente.

⁴ Corte Constitucional: Salvamento de voto de los magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo

1.3. Las facultades extraordinarias otorgadas al presidente por el Congreso de la República en calidad de *órgano legislativo*

Estas son las facultades que se ajustan a la Constitución, siendo otorgadas por medio de una ley específica, la ley de facultades extraordinarias, que da lugar a los *decretos con fuerza de ley*, de conformidad con el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución. Las leyes de facultades extraordinarias constituyen una clase especial de leyes, por medio de las cuales, el Congreso, que es el titular de la función legislativa, se despoja transitoriamente de esta y habilita al presidente, durante un término máximo de seis meses, para que legisle por medio de decretos ley, dentro de los precisos límites dispuestos en la ley que otorga las facultades. El constituyente de 1991 intentó fijar reglas claras y establecer un conjunto de controles específicos, de modo tal que el Congreso ejerciera la función que le corresponde, limitando así el otorgamiento de facultades extraordinarias. En la práctica, hoy se usan estas leyes sobre todo para hacer reformas a la administración pública.

2. Los criterios de competencia para ejercer el control judicial de constitucionalidad sobre los distintos decretos en Colombia

Como se dijo al comienzo de este capítulo, de conformidad con el numeral 5° del artículo 241 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos en contra de los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con base en las leyes de facultades extraordinarias, así como contra el decreto del Plan Nacional de Inversiones. En sentido residual y en virtud del numeral 2° del artículo 237 de la Constitución, el Consejo de Estado tendría competencia para conocer de la constitucionalidad de los demás decretos que existan o que se invente el presidente, pues conocería de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se interpongan en contra de los decretos “cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

No obstante, en la práctica ocurre que el presidente utiliza inconstitucionalmente los decretos de contenido administrativo, o se inventa nuevos decretos, para apropiarse de las materias reservadas al Congreso, es decir, de aquellas que tan solo podrían ser reguladas por medio de una ley. Ahora bien, la evidencia empírica demuestra que los decretos de corrección de yerros, los

Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas, a las sentencias C-970 y C-971 de 2004.

decretos compiladores, los decretos reglamentarios, los decretos estatutarios y los decretos orgánicos, son usados irregularmente por el presidente, introduciendo en ellos materias con reserva de ley, a efectos de evadir el control que debería ejercer la Corte Constitucional y entregar ese “control” al Consejo de Estado, donde como se sabe, no se ejerce control de constitucionalidad sino de simple legalidad y de modo tibio.

Es por lo anterior que resulta determinante fijar los criterios de competencia que resultan adecuados para ejercer el control sobre los decretos presidenciales, de modo tal que pueda evitarse en la mayor medida posible, la maniobra irregular de evasión del control constitucional que técnicamente se denomina *elusión constitucional*.⁵

Una buena presentación de los criterios de competencia para el control de los decretos está contenida en la sentencia C-1154 de 2008, que examinó la constitucionalidad del Decreto 028 de 2008, un *decreto orgánico*, de aquellos que se inventan los presidentes. El punto allí es que como se trataba de un decreto “nuevo”, entonces no existía claridad acerca de quién debía ejercer su control, llegándose al punto de que el mismo decreto había sido demandado simultáneamente ante la Corte Constitucional y ante el Consejo de Estado, siendo tramitadas a la vez dos demandas sobre el mismo objeto.

El punto de partida de la cuestión es que en Colombia fue establecido un sistema de control abstracto concurrente entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el que la Corte ejerce el control principal y prevalente en los términos del artículo 241, mientras que el Consejo de Estado cumple una función residual, limitada por el artículo 237 a los decretos “cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

No obstante y a pesar de la demarcación de las competencias, en la práctica no ha resultado fácil determinar a quién le corresponde el control de decretos específicos, pues como fue ya afirmado, el Gobierno usa los decretos de contenido administrativo para apropiarse de las reservas de ley, o se inventa nuevos decretos, sin señalar claramente quién deba ejercer el control sobre estos. A efectos de fijar adecuadamente la competencia, la Corte Constitucional ha hecho uso de dos criterios: el formal y el material.

⁵ Al respecto ver Manuel Quinche: *La elusión constitucional...*, cit.

2.1. El criterio formal de competencia

Está determinado por el fundamento que invoca el presidente para expedir el decreto. El encabezamiento de los decretos en Colombia tiene básicamente tres componentes: el número del decreto, el asunto que regula o reglamenta y su fundamento normativo. Así por ejemplo, el presidente expidió el Decreto 3565 de 2011, *Por el cual se modifican parcialmente la Ley 99 de 1993 y la Ley 1263 de 2008*, que el presidente dijo expedir “en ejercicio parcial de las facultades extraordinarias que confieren el literal d) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011”. En este sentido y por tratarse de un decreto con fuerza de ley, expedido con base en una ley de facultades extraordinarias, la competencia para su conocimiento será de la Corte Constitucional. De otro lado, el presidente también expidió el Decreto 1059 de 2008, *Por medio del cual se reglamenta la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las leyes [...] en materia de desmovilización individual de los miembros de grupos de guerrilla*, que el presidente dijo expedir “en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política”. En este sentido y por tratarse de un decreto administrativo, la competencia será del Consejo de Estado.

De esta manera, entonces, “el criterio formal representa el más importante parámetro en la definición de la competencia para ejercer el control de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional. Según este, cuando se invoca alguna de las hipótesis previstas en el artículo 241 de la Constitución, su análisis corresponderá a la Corte Constitucional; en caso contrario, se trata de actos administrativos y el control debe ser ejercido por el Consejo de Estado”.⁶

2.2. El criterio material de competencia

No obstante, el criterio formal resulta insuficiente para determinar la competencia, en la medida en que el decreto no señale la facultad que le sirve de base, o que la facultad se invoque de manera ambigua e imprecisa, o que se invoquen diversos fundamentos contradictorios, o que simplemente se haga fraude, invocando una facultad para usurpar una reserva de ley. En estos casos, según señala la Corte, el asunto se complejiza y es necesario acudir al criterio material, es decir, al contenido del decreto. Así, si se trata de una norma con fuerza material de ley, el examen corresponderá a la Corte Constitucional; pero

⁶ Sentencia C-1154 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas, consideración jurídica n° 1.2.1.

si su contenido es administrativo y “no tiene vocación legislativa”, entonces corresponderá al Consejo de Estado.

La Corte expresó al respecto que “Cuando el criterio formal no ha brindado la suficiente claridad, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han apelado al criterio material, es decir, a examinar la posición de una norma en el tráfico jurídico, para definir a que autoridad corresponde ejercer el control de los decretos dictados por el Gobierno Nacional”,⁷ citando como casos relevantes la competencia de la Corte para examinar los decretos con fuerza de ley expedidos con anterioridad a la Constitución de 1991; de los decretos que compilan leyes o normas con fuerza de ley; de los decretos que declaran los estados de excepción; de las normas con fuerza material de ley dictadas en virtud de actos legislativos; de los decretos estatutarios irregulares; y en sentido contrario, la Corte ha manifestado su incompetencia para conocer de los decretos que materialmente son normas reglamentarias, así como de los decretos que desarrollan leyes marco o cuadro. Desde la anterior perspectiva y como tesis central de la competencia para los decretos, la Corte concluyó:

En suma, si bien es cierto que el elemento formal de un decreto constituye el principal y más importante criterio para determinar la competencia respecto de su control abstracto de constitucionalidad (Corte Constitucional o Consejo de Estado), también lo es que en algunas ocasiones este criterio puede resultar insuficiente. Cuando ello ocurre debe apelarse al criterio material, según el cual es la naturaleza de la norma la que define la competencia. De esta manera, si se trata de una norma con fuerza material de ley su examen corresponde a la Corte Constitucional; pero si es una norma que no tiene vocación legislativa (acto administrativo), el control corresponde al Consejo de Estado.⁸

⁷ Sentencia C-1154 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas, consideración jurídica n° 1.2.2.

⁸ Sentencia C-1154 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas, consideración jurídica n° 1.2.2.

3. El control sobre los decretos con fuerza de ley dictados con base en leyes de facultades extraordinarias (art. 150.10).

Elementos y características de ese control

Como punto de partida, debe mencionarse que el estudio del control sobre los decretos con fuerza de ley, tiene que ser concurrente con el estudio del control sobre las leyes de facultades extraordinarias que los propician. En este sentido, la Corte ha sostenido la tesis del nacimiento de obligaciones recíprocas del Congreso y del presidente. Así, ha establecido que sobre esos dos órganos se imponen “obligaciones recíprocas cuya inobservancia conlleva la declaratoria de inconstitucionalidad de las facultades otorgadas o de las medidas que por esa vía fueron expedidas. Así, conforme a tal exigencia, al Congreso le asiste la obligación ineludible de establecer en forma clara, cierta, específica y determinable el campo normativo sobre el cual debe actuar el Presidente de la República. Y al Gobierno, la obligación de ejercer la facultad legislativa transitoria dentro de los límites o parámetros fijados en el acto condición que otorga la delegación, debiendo restringir la actividad normativa estrictamente a las materias allí descritas”.⁹

Dentro de la anterior comprensión, se presentan a continuación los elementos constitutivos de las leyes de facultades extraordinarias y sus decretos, se precisan los parámetros del control constitucional y, finalmente, se diferencia entre los elementos del control de las leyes y los elementos del control de los decretos.

3.1. Las leyes de facultades extraordinarias y sus decretos con fuerza de ley

Los decretos con fuerza de ley son una clase especial de enunciados normativos, expedidos por el presidente de la República, en aquellos casos en que le han sido otorgadas facultades extraordinarias para legislar, de conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución.

La existencia de estos decretos se da en referencia a las leyes de facultades extraordinarias, que son una clase especial de leyes, por medio de las cuales, el Congreso, que es el titular de la función legislativa, se despoja transitoriamente de esta y habilita al presidente, durante un término máximo de seis meses,

⁹ Sentencia C-366 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica n° 11, citando numerosos precedentes.

para que legisle por medio de decretos ley, dentro de los precisos límites dispuestos en la ley que otorga las facultades. En vigencia de la Constitución de 1886 y muy especialmente durante la segunda mitad del siglo xx, se abusó de estas leyes, de acuerdo con una lectura laxa de las facultades *pro tempore* establecidas en el numeral 10 del artículo 76 de esa Constitución, en detrimento del principio de división de poderes, con una inconveniente acentuación del presidencialismo que aún se mantiene. El constituyente de 1991 intentó fijar reglas claras y establecer un conjunto de controles específicos, de modo tal que el Congreso ejerciera la función que le corresponde, limitando así el otorgamiento de facultades extraordinarias.

Con estas normas tiene lugar tanto la actividad del Congreso como la del presidente de la República. Así, el Congreso concede las facultades mediante ley y el presidente las desarrolla a través de decretos ley. Un ejemplo típico sería el artículo 14 de la Ley 1444 de 2011, por el que se confirmó facultades extraordinarias al presidente Santos para reformar la administración pública y otros asuntos, mediante decretos con fuerza de ley.

En la pretensión de lograr un uso adecuado y técnico de esa clase de leyes y limitar las potestades legislativas del presidente, la Constitución de 1991 fijó cuando menos siete requisitos que deben ser satisfechos para el otorgamiento de esas facultades, con el riesgo de declararse la inexequibilidad: tienen materias prohibidas y, en este sentido, no pueden conferirse para expedir códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes marco, ni decretar impuestos y, en general, para regular asuntos que tengan reserva exclusiva del Congreso; su aprobación requiere la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara; el Congreso no puede otorgarlas por propia iniciativa, sino que deben ser expresamente solicitadas por el Gobierno; el término máximo por el cual pueden conferirse es de seis meses; la solicitud debe ser justificada, pues solo pueden otorgarse cuando la necesidad lo exija o por razones de conveniencia pública; el Congreso conserva la potestad de modificar los decretos dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias; y finalmente, las facultades deben ser claras y precisas.

3.2. Parámetros y reglas del control sobre las leyes de facultades extraordinarias y los decretos con fuerza de ley

Tanto en el caso de la ley de facultades como en el de sus decretos con fuerza de ley, se está frente a un control constitucional posterior (en tanto que se

ejerce después de haber sido expedida y de cobrar vigencia tanto la ley como los decretos) por vía activa, es decir, por demanda ciudadana.

Como se puede observar, se trata de un control que involucra dos clases de normas y de controles: la expedición de la ley de facultades, o habilitante, cuyo control va por el numeral 4º del artículo 241 de la Carta (i); y la de los decretos con fuerza de ley dictados con base en aquella, cuyo control va por el numeral 5º del artículo 241 (ii). La constitucionalidad tanto de la ley como de los decretos, se rige por la regla según la cual, “la interpretación constitucional sobre facultades es de carácter restrictivo”,¹⁰ debiendo mantenerse tanto el otorgamiento de las facultades como su ejercicio, dentro de los precisos límites de la ley y de los decretos, pues “cuando hay desbordamiento en el ejercicio de las facultades extraordinarias, se violan los artículos 121, 123, 150.10 de la Constitución; y hay inconstitucionalidad por incompetencia”.¹¹

3.2.1. Parámetro del control sobre las leyes de facultades extraordinarias

Además de los siete requisitos que deben ser satisfechos para la correcta expedición de las leyes de facultades extraordinarias, el control constitucional debe estar especialmente focalizado en los requisitos de *claridad* y *precisión* de las facultades.

La Corte ha entendido que la claridad en el objeto de las leyes de facultades, es el presupuesto del requisito de precisión, y esta “no comporta la delimitación exhaustiva que implique una minuciosa o detallada relación de las materias que pueden ser objeto de regulación, basta con que claramente se determine y delimite la materia, los objetivos y los fines de las facultades”.¹²

Por otra parte, el requisito de precisión implica que en la ley de facultades se delimite el objeto de la habilitación, a efectos de impedir facultades ilimitadas o en blanco, implicando cuando menos tres condiciones: “Como el señalamiento de la materia, los propósitos o alcance de la habilitación y los criterios que dirijan las decisiones que habrá de adoptar el ejecutivo”.¹³ De esta manera, se evitan las habilitaciones vagas, confusas, ambiguas o ilimita-

¹⁰ Sentencia C-702 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz.

¹¹ Sentencia C-743 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz, citando la sentencia C-545 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹² Sentencia C-366 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica n° 8.2.

¹³ Sentencia C-097 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n° 6.1.4.

das, propiciando además el adecuado funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos contenido en la Constitución. Dentro de esta misma comprensión, se ha dicho que el cumplimiento de la precisión es anejo a la realización del principio de congruencia, entre los motivos que llevaron al legislador a conceder las facultades y el contenido mismo de la ley que las otorga.

3.2.2. Parámetro de control sobre los decretos con fuerza de ley

Este parámetro atiende a los límites temporales y materiales a los que debe someterse el presidente al ejercer las facultades. El numeral 10 del artículo 150 de la Constitución dispone que el presidente tan solo puede ser habilitado “hasta por seis meses”, lo que implica su límite temporal, quedando agotadas las facultades con su uso. El límite material se refiere a que los decretos deben tener conexidad material con la ley que los origina, de modo tal que son inconstitucionales los decretos que se refieren a materias distintas de las dispuestas por el Congreso, por usurpar las competencias normativas de este último.

3.3. La inconstitucionalidad por consecuencia

Finalmente, valga referir el fenómeno de la inconstitucionalidad por conveniencia. La cuestión es: ¿Qué sucede con los decretos con fuerza de ley en aquellos casos en los que la Corte ha declarado la inexecutable de la ley de facultades? Los decretos expedidos, ¿quedan cobijados por la declaratoria de inexecutable de la ley habilitante, o por el contrario, son una unidad normativa independiente, que debe ser objeto de un examen material uno a uno, de acuerdo con las demandas que sean surtidas en su contra? Alrededor del punto fueron articuladas dos tesis, una bajo la Constitución de 1886 y otra en el contexto de la Carta de 1991.

La visión formalista del asunto sostiene que la declaratoria de inexecutable de la ley habilitante no afecta la constitucionalidad de los decretos ley dictados con base en ella, pues en opinión de esa clase de sujetos, cada uno de los decretos exige su propio juicio de constitucionalidad. El “argumento” de base sostiene que para que surja la cosa juzgada constitucional sobre los decretos es necesario que haya confrontación objetiva sobre sus contenidos y no simplemente consecuencial, y que por lo mismo, cada uno de los decretos debe ser objeto de una demanda y de un examen individual. Esta fue la postura de la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Constitución

de 1886, lo que permitió la vigencia de numerosas normas inconstitucionales. En términos concretos, de lo viciado por inválido se extraía el derecho vigente.

La segunda postura es la de la Corte Constitucional y sostiene que la declaratoria de inexecutable de la norma habilitante acarrea la inconstitucionalidad de los decretos dictados con base en ella. Para la Corporación, “desaparecida la norma que sirvió de fundamento para expedir los decretos acusados, resulta apenas obvio que aquellos deben correr igual suerte, pues se produce el fenómeno de la inconstitucionalidad por consecuencia”.¹⁴ Un ejemplo de inconstitucionalidad por consecuencia ocurrió con ocasión de la declaratoria de inexecutable del artículo 120 de la Ley 489 de 1998, norma por la cual entre otros asuntos, se facultó al presidente de la República para realizar reformas en la administración pública. La norma habilitante fue declarada inexecutable, por medio de la sentencia C-702 de 1999 y como consecuencia de la decisión se dio la inconstitucionalidad sobreviniente de los decretos expedidos con base en esas facultades.

4. El control sobre el decreto del Plan Nacional de Desarrollo (art. 341)

El decreto de la ley del Plan Nacional de Desarrollo es una modalidad específica de decreto con fuerza de ley, cuya existencia fue prevista por el inciso 3º del artículo 341 de la Constitución, con control asignado a la Corte Constitucional de conformidad con el numeral 5º del artículo 241 de la Carta. Esta clase de decretos tienen ocurrencia en aquellos casos en los que no es expedida la ley del Plan Nacional de Desarrollo dentro de los tres meses siguientes a su presentación en el Congreso. A efectos expositivos, se hace una presentación general de la ley del Plan Nacional de Desarrollo, del decreto ley que puede ser expedido en los casos en que no se la aprueba, y del control que ejerce la Corte sobre ellos.

4.1. La ley del Plan Nacional de Desarrollo

Como cuestión preliminar, es necesario diferenciar y relacionar entre la ley del Plan *General* de Desarrollo, y la ley del Plan *Nacional* de Desarrollo. La ley del Plan General de Desarrollo es una de las cuatro modalidades de leyes orgánicas previstas en el artículo 151 de la Constitución, y corresponde

¹⁴ Sentencia C-969 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz, consideración jurídica nº 4.

concretamente a la Ley 152 de 1994, modificada por la Ley 290 de 1996, la cual fija las reglas y principios con base en los cuales debe ser expedida cada cuatro años, la ley del Plan *Nacional* de Desarrollo, prevista en el artículo 341 de la Constitución, el cual plan tiene dos componentes, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 152 de 1994:

Artículo 4. Conformación del Plan Nacional de Desarrollo. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 339 de la Constitución Política, el Plan Nacional de Desarrollo estará conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del ordena nacional.

Sobre el punto la Corte Constitucional ha precisado que

la ley que fija el Plan Nacional de Desarrollo cuenta con una parte general en la cual se establecen los programas macroeconómicos del Estado, para ser cumplidos en determinado lapso, pues comprende *el señalamiento de los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno*; y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional, que *contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución*.¹⁵

La ley del Plan *Nacional* de Desarrollo debe ser expedida cada cuatro años, y ella debe contener en principio, el diseño y las formas de ejecución del programa de gobierno que el presidente recién elegido había ofrecido a sus electores como candidato. En este sentido, durante la administración Gaviria fue expedido con base en el artículo 60 transitorio de la Constitución, el plan nacional de desarrollo denominado *La revolución pacífica*; durante la administración Samper y mediante la Ley 188 de 1995, fue expedido el plan denominado *El salto social*; durante la administración Pastrana, mediante la Ley 508 de 1999 y el Decreto Ley 955 de 2000 (ambos declarados inexecutable).

¹⁵ Sentencia C-377 de 2008, M. P. Cara Inés Vargas, consideración jurídica n° 3.2.

bles), fue expedido el plan titulado *Cambio para construir la paz*; durante la primera administración Uribe, por medio de la Ley 812 de 2003, fue expedido el plan *Hacia un Estado comunitario*; durante la segunda administración de Uribe fue expedido el plan denominado *Estado comunitario: desarrollo para todos*, por medio de la Ley 1151 de 2007; y finalmente durante la administración Santos fue expedido el plan denominado *Prosperidad para todos*, vertido en la Ley 1450 de 2011.

De acuerdo con la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la ley del Plan Nacional de Desarrollo es una ley cuyas características generales están referidas a la planeación y al presupuesto, siendo además caracterizada como “multitemática”, en la medida que involucra diversos objetivos y planos de desarrollo. Esta ley tiene dos componentes: la parte general, que contiene los programas macroeconómicos; y la parte especial, que corresponde al plan de inversiones, la que a su vez contiene los presupuestos plurianuales y los recursos para su ejecución.

Aunque se trata de una ley de características presupuestales, la Corte ha sostenido que sus “estrategias” no son solo de esa clase, sino que “también pueden consistir en normas jurídicas de cuyo cumplimiento se derive la consecución de las metas no sólo económicas, sino también sociales o ambientales que se ha estimado deseable alcanzar”,¹⁶ estableciéndose sin embargo como límite la unidad de materia, que exige que las normas del plan de inversiones deban tener conexidad directa con las normas que fijan los propósitos generales, de modo tal que “las normas contendidas en el plan de inversiones, como instrumentales que son, deben guardar una relación directa e inmediata con los objetivos y programas específicos del mismo plan, so pena de desconocerse el principio de unidad de materia”.¹⁷

No obstante y a pesar de la eventual claridad de los anteriores enunciados, desde la presidencia de Uribe se incluye en la ley del Plan Nacional de Desarrollo toda clase de materias especializadas, a instancia de las presiones de la presidencia. El uso abusivo de la ley del plan ha sido ya detectado. Sin embargo, algunos fallos de la Corte han permitido el desafortunado ensanchamiento de los poderes del presidente en desmedro de la integridad de la Constitución. El punto ya fue advertido en el salvamento de voto de un fallo del año

¹⁶ Sentencia C-305 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁷ Sentencia C-337 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas, consideración jurídica n° 3.5.

2004, en el que se precisó que la prelación que prevé la Constitución para la ley del plan “sin embargo no significa en modo alguno que la ley mediante la cual se adopta el Plan Nacional de Desarrollo para un cuatrienio presidencial pueda contener en sus normas legislación sobre todas las materias que en el Congreso corresponden al ejercicio de su función legislativa, pues su objeto, es decir el marco jurídico de su contenido fue expresamente señalado por el propio Constituyente en el artículo 339 de la Carta”.¹⁸

En el referido fallo se declaró la inexecutable de los artículos 15 y 53 de la Ley 812 de 2003 (primer plan nacional de desarrollo de Uribe), por permitir “que el legislador otorgue a la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios facultades para ordenar la escisión *en unidades o empresas independientes, autónomas y separadas*, de empresas comerciales o industriales del Estado o de sociedades de economía mixta del orden nacional departamental o municipal que sean Empresas de Servicios Públicos domiciliarios. De igual manera, ha encontrado inconstitucional la creación de empresas de servicios públicos domiciliarios a partir de la escisión de sociedades por acciones de capital privado”;¹⁹ y al establecer, con falta de conexidad, la prohibición de la prestación de cualquier plan adicional o complementario de servicio de salud en forma directa por parte de cualquier entidad estatal frente a sus propios trabajadores, bajo el argumento según el cual, esta prohibición no incide en el mejoramiento financiero del sistema. De esta manera, la Corte declaró la inexecutable del artículo 53 de esa ley, señalando adicionalmente la falta de conexidad con la materia regulada.

Sin embargo, la misma sentencia permitió que al amparo del Plan de Inversiones Públicas se introdujeran normas sin relación con el Plan de Desarrollo, como las que establecían la autonomía técnica a los directores de las subsedes de la Corporación Autónoma Regional del Sur de la Amazonía; o la desvinculación del departamento del Meta de Coporinoquia, para pertenecer a la Corporación de Desarrollo Sostenible de la Macarena; o la facultad del gobierno para reglamentar “sobre los programas del régimen subsidiado en salud objeto de liquidación”; o el artículo 130, que autorizó la creación en la ciudad de Cali, de una nueva empresa industrial y comercial del Estado para la prestación de diversos servicios públicos domiciliarios, entre otros.

¹⁸ Salvamento de voto de los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño a la sentencia C-305 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁹ Sentencia C-305 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4.2. El decreto de la ley del Plan Nacional de Desarrollo

La Constitución Política dispone la existencia de este decreto con fuerza de ley en el inciso 3° del artículo 341 de la Carta Política, al establecer que el Plan Nacional de Inversiones públicas se expedirá mediante una ley, previendo además que “Si el Congreso no aprueba el plan nacional de inversiones públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley”. Este enunciado es a la vez redescrito por el artículo 25 de la Ley 152 de 1994, *Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo*, donde se prevé:

Artículo 25. Aprobación del plan por decreto. Si el Congreso Nacional no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en el término de tres meses señalado por la Constitución, el Gobierno podrá poner en vigencia, mediante decreto con fuerza de ley, el proyecto presentado por éste.

De conformidad con lo anterior, puede decirse que el decreto con fuerza de ley de la ley del Plan Nacional de Inversiones, es un enunciado normativo expedido por el presidente de la República, que tiene tanta fuerza vinculante como la ley del Plan Nacional de Desarrollo, que se expide como medida supletoria, en aquellos casos en los que el Congreso no haya aprobado el plan de inversiones públicas “en un término de tres meses después de presentado”. Sus materias son las mismas de la ley del Plan Nacional de Desarrollo, es decir, las contenidas en la parte general, que contiene el diseño del plan, los objetivos y finalidades; y la parte especial, que contiene los presupuestos e inversiones con los que se debe ejecutar lo contenido en la parte general.

En este punto debe precisarse que el artículo 341 de la Constitución refiere la existencia del decreto con fuerza de ley únicamente al Plan Nacional de Inversiones, y no a la totalidad del Plan Nacional de Desarrollo. No obstante, cuando la Corte Constitucional efectuó el control sobre el Decreto 955 de 2000 (el único decreto de la ley del plan expedido a la fecha en Colombia), se refirió genéricamente al decreto de la ley del Plan Nacional de Desarrollo, y no solamente al de Inversiones.

4.3. El control de la ley del Plan Nacional de Desarrollo y de su decreto con fuerza de ley

Respecto de la ley, basta con decir que como ocurre con la mayoría de las leyes en el sistema colombiano, tanto la ley orgánica del Plan *General* de Desarrollo (art. 151 C.P.), como la ley del Plan *Nacional* de Desarrollo (art. 341 C.P.), son pasibles de control posterior ante la Corte Constitucional, por demanda ciudadana de conformidad con el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución.

En lo que tiene que ver con el decreto ley, el ya referido numeral 5º del artículo 241 de la Constitución señala como objeto de control a dos clases de decretos con fuerza de ley: los decretos expedidos con base en leyes de facultades extraordinarias (art. 150.10 C.P.), y el decreto de la ley del Plan Nacional de Desarrollo (art. 341 C.P.). En relación con estos tiene lugar un control posterior (en la medida en que puede ser ejercido después de haber sido expedido y de entrar vigencia el decreto ley) y por demanda ciudadana, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad.

La única experiencia nacional de expedición de la ley del plan mediante decreto con fuerza de ley, aconteció en el año 2000, durante la presidencia de Andrés Pastrana, cuando fue expedido el Decreto 955 del 26 de mayo de 2000, *Por el cual se pone en vigencia el Plan de Inversiones Públicas para los años 1998 a 2002*, pues había ocurrido con anterioridad, que la Ley 508 de 1999, *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo para los años 1999-2002*, había sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-557 de 2000,²⁰ por haberse incurrido en vicios de forma durante su trámite en el Congreso. Expedido el decreto, fue acusado de inconstitucionalidad por varios ciudadanos, quienes alegaron la falta de competencia del Gobierno para expedirlo, ya que la aprobación de la Ley 508 de 1999 sí había ocurrido dentro de los tres meses siguientes a su presentación en el Congreso.

La pregunta que debió responder la Corte era que si al haber sido declarada inexecutable la ley del plan, ¿se configuraba la hipótesis del artículo 341 C.P. de que el Congreso no aprobó el Plan Nacional de Inversiones tres meses después de presentado? La respuesta de la Corte fue negativa, señalando que en casos como el estudiado, “el Ejecutivo carecía de autorización constitucional y de competencia para poner en vigencia, mediante decreto, el Plan

²⁰ Sentencia C-557 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

de Inversiones Públicas”.²¹ Agregó que “El Presidente invade el ámbito de competencia del Congreso siempre que asuma, por fuera de las prescripciones constitucionales, funciones privativas de aquel, prevaliéndose de interpretaciones acomodaticias o de semejanzas concebidas con amplitud en relación con tales planes”.²² En este sentido, la única experiencia nacional de expedición del Plan Nacional de Inversiones mediante decreto con fuerza de ley resultó fallida, por haber sido expedido como consecuencia de una declaratoria de inexecuibilidad y no con ocasión de su falta de aprobación por el Congreso.

5. El control por demanda ciudadana sobre otros decretos y demás normas atípicas con fuerza material de ley

En los dos casos anteriores, la competencia y el control sobre los decretos con fuerza de ley tienen reglas claras. No sucede lo mismo sin embargo con otra serie de decretos y otras normas, que vienen siendo objeto de usos irregulares, de modo tal que surten efectos análogos a los de los decretos con fuerza de ley. Por lo mismo, a continuación se desarrollan las reglas de control constitucional sobre esos otros decretos y otras normas atípicas. En algunos de los casos se redefinen los enunciados y las reglas contenidas en la sentencia C-049 de 2012,²³ donde la Corte habla de las “competencias especiales o atípicas”.

5.1. Los decretos estatutarios regulares

Los decretos estatutarios son una modalidad muy específica de decretos con fuerza de ley, cuya existencia fue inicialmente prevista por *el constituyente primario* en 1991, dentro de los artículos transitorios de la Constitución. Se trata de normas expedidas por el presidente de la República, en aquellos casos en que el constituyente primario lo ha habilitado expresamente. Se los denomina “estatutarios”, en la medida en que sus materias han sido reservadas por la Constitución a las leyes estatutarias, de conformidad con el artículo 152 de la Carta Política. Un caso típico en este sentido es el del Decreto 2591 de 1991, sobre acción de tutela, dictado por el presidente con base en la facultades extraordinarias concedidas a este por el artículo 5° transitorio de la Constitución.

²¹ Sentencia C-1403 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²² Sentencia C-1403 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²³ Sentencia C-049 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo.

La competencia de la Corte respecto de estos decretos es indudable y está contenida en el artículo 10 transitorio, donde se señala que: “Los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional”.

5.2. Los decretos estatutarios irregulares

Estos decretos fueron inventados por Álvaro Uribe y la Corte declaró constitucional el invento mediante las sentencias C-1200 de 2003, C-170 de 2004 y C-971 de 2001. Los decretos estatutarios *irregulares* son normas que expide el presidente sobre materias con reserva de ley estatutaria, como resultado de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República, por medio de actos legislativos, en su calidad de constituyente secundario. Fueron pensados y diseñados para vaciar las reservas de ley estatutaria asignadas al Congreso de la República, así como para evitar o degradar el control sobre las leyes y las materias estatutarias.

El control constitucional sobre estos decretos ha sido todo un problema y ha intentado ser resuelto en dos etapas. Durante la primera de ellas la Corte diseñó un control lento e ineficaz que implicaba dos pasos: inicialmente, la formulación de una demanda ciudadana sobre el decreto estatutario, que finalizaba con una sentencia inhibitoria de la Corte, en la que se ordenaba a la presidencia de la República remitir el decreto para control automático. Con esto nacía el segundo paso, que consistía en la emisión de una segunda sentencia que se pronunciaba de fondo alrededor de la constitucionalidad. En la segunda etapa, la Corte, tras la demanda, asumía la competencia para pronunciarse sobre el decreto.

5.3. Los decretos con fuerza de ley expedidos con anterioridad a la Constitución de 1991

El numeral 12 del artículo 176 de la Constitución de 1886 también preveía la existencia de las leyes de facultades extraordinarias y sus decretos ley. La cuestión es que en numerosas ocasiones los ciudadanos demandaron ante la Corte Constitucional, impugnando la constitucionalidad de esta clase de decretos expedidos bajo la Constitución anterior. En todos los casos la Corte Constitucional aceptó la competencia y tramitó las demandas, basándose en el

numeral 5º del artículo 210, referido a los decretos ley, así como en el numeral 4º, en referencia al contenido material de la expresión “leyes”.

5.4. Los decretos compiladores

Esta clase de decretos no están previstos en la Constitución ni en la Ley 5ª de 1992, como se ha querido hacer creer. No obstante, los presidentes, incluyendo el actual, han proferido decretos de esta clase, incluso sobre materias de ley orgánica, como aconteció con el Decreto 111 de 1996, cuya materia es el Estatuto Orgánico de Presupuesto. Respecto de la competencia, se ha hecho una distinción: si lo que se ataca es la compilación completa, entonces la competencia es del Consejo de Estado. Si por el contrario se ataca el contenido material de artículos contenidos en esta, entonces la competencia es de la Corte Constitucional.

Las reglas vigentes sobre el punto señalan que la Corte es competente para conocer de las disposiciones legales compiladas en tales decretos, por violación de normas materiales de la Constitución; que el Consejo de Estado es el competente cuando se trata de control formal de los decretos compilatorios y de la compilación misma, por tratarse de decretos ejecutivos. Finalmente, la Corte zanjó la discusión sobre competencia, al establecer como regla que los decretos compiladores tan solo pueden ser expedidos en virtud de leyes de facultades extraordinarias que así lo permitan.

5.5. Los decretos enmienda o de corrección de yerros caligráficos y tipográficos sobre disposiciones con fuerza de ley

Estas son normas de carácter administrativo, expedidas por el presidente de la República, cuya supuesta finalidad es la de corregir yerros o errores de caligrafía, tipografía, digitación o transcripción “en las citas o referencias de unas leyes a otras”, según lo establece el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal. En este sentido, la expedición de estos decretos supone la existencia de un texto normativo, en el interior del cual se haya incurrido en un error de transcripción, para que este pueda ser eventualmente solucionado por el presidente de la República mediante decreto.

Respecto del control de estos decretos, la Corte Constitucional ha establecido que se trata de actos gubernamentales en ejercicio de funciones administrativas ordinarias, sobre los cuales, en principio, ella no tiene competencia, por corresponderle al Consejo de Estado. No obstante, ha fijado dos reglas:

cuando se declara la inconstitucionalidad de una disposición legal corregida por el decreto de yerros, surge una inconstitucionalidad por consecuencia de este, y con ella la competencia de la Corte para declararlo (i), y cuando se advierte que el decreto de corrección de yerros excede su cometido y modifica la regulaciones legales sustantivas, la Corte ha procedido a revisar la constitucionalidad de las normas legales, sin pronunciarse sobre el decreto de yerros, esto es, sin asumir competencia para decidir su constitucionalidad (ii).

5.6. Los decretos y actos expedidos con ocasión del trámite de referendos constitucionales

La Corte Constitucional ha declarado su competencia respecto de decretos presidenciales y de actos expedidos por la autoridad electoral, emitidos con ocasión de reformas constitucionales tramitadas por la vía del referendo, en los siguientes casos:

- El decreto de ejecución de la convocatoria de un referendo constitucional, es decir, el decreto que fija la fecha para la realización de la votación popular sobre el referendo.
- El acto emitido por la autoridad electoral que fija el censo electoral dentro del trámite de un referendo constitucional.
- El acto emitido por la autoridad electoral que declara la aprobación de un referendo constitucional.
- Los actos de particulares gestores de una iniciativa popular para el trámite de una ley de convocatoria a referendo constitucional.

5.7. Los decretos que convocan a sesiones extraordinarias al Congreso de la República

La Corte Constitucional ha asumido la competencia para examinar la constitucionalidad de los decretos ejecutivos que convocan a sesiones extraordinarias del Congreso de la República, a fin de verificar si se configuraron o no vicios de forma durante el trámite de un proyecto de ley.

De esta manera, la Corte se declaró competente para conocer de la validez de las sesiones extraordinarias del Congreso, tanto por la oportunidad de la convocatoria, como por la vigencia del decreto convocatorio por su publicación en el Diario Oficial. Si bien se trata de actos administrativos, la Corte consideró que su expedición y vigencia acontecía dentro del proceso de formación de la ley, razón por la cual, bien podía examinarlos.

5.8. Los decretos y las resoluciones adoptadas en cumplimiento de lo dispuesto en un acto legislativo

Se trata tanto de decretos y resoluciones presidenciales como de resoluciones expedidas por otras autoridades, en cumplimiento de lo dispuesto en un acto legislativo, y por lo mismo, por la propia Constitución. Al respecto la regla es sencilla y clara: la Corte Constitucional es competente para conocer de la constitucionalidad de dichos actos en cuanto sean norma jurídica con fuerza material de ley, así aparezcan formalmente como actos administrativos, en virtud de una interpretación integral y sistemática de la Constitución.

Capítulo VII

El control sobre los decretos legislativos de los estados de excepción

Los decretos legislativos son las normas presidenciales previstas en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución, que se expiden con ocasión de los estados de excepción en dos momentos: un primer decreto, por el que se declara el estado de excepción (para el caso colombiano, el estado de guerra; el estado de conmoción exterior; o el estado de emergencia económica, social o ecológica); y un segundo grupo de decretos, que contienen las medidas que el presidente considera adecuadas y necesarias para superar la emergencia y restituir la situación usual.

Se trata propiamente de una clase de normas que son expedidas por el presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, que tienen tanta fuerza vinculante como la ley, en los eventos de configuración de los estados de excepción. La Constitución Política dispone su existencia, de la siguiente manera: en el caso del estado de guerra exterior, el artículo 212 de la Carta señala que: “Los decretos legislativos que dicte el gobierno suspenden las leyes incompatibles con el estado de guerra”. Tratándose del estado de conmoción interior, el artículo 213 prevé que: “Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público”; y en el caso del estado de emergencia económica, social y ecológica, el parágrafo del artículo 215 dispone que: “El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo”.

A continuación se desarrollan los temas relacionados con el control constitucional de esta clase de decretos, procediendo de la siguiente forma: en primer lugar, se hace una presentación general de los tres estados de excepción previstos en Colombia, para luego tomar en consideración las características y el control del estado de conmoción interior y del estado de emergencia

económica, social y ecológica, que son las dos modalidades que han tenido aplicación durante la vigencia de la Constitución de 1991.

1. Los estados de excepción previstos en la Constitución de 1991

En los artículos 212 a 215 del capítulo VI del título VII de la Constitución, se regula lo relacionado con los estados de excepción. Estos atienden a una condición jurídica y fáctica, declarada por el presidente de la República por medio de un decreto legislativo, en virtud de la cual, aquel es revestido por la Constitución de poderes excepcionales, que le permiten expedir decretos legislativos que contienen medidas necesarias para superar la situación presentada. Los estados de excepción suponen la existencia de condiciones de anormalidad, que impiden el adecuado desarrollo de la institucionalidad y que por lo mismo, imponen la necesidad de adoptar medidas de emergencia.

La Constitución de 1991 prevé la existencia de tres clases de estados de excepción: el estado de guerra exterior (art. 212 C.P.), el estado de conmoción interior (art. 213 C.P.) y el estado de emergencia económica, social y ecológica (art. 215 C.P.). En comparación con el régimen de la Constitución de 1886, la nueva normatividad es más técnica y precisa, y sobre todo, trató de imponer límites a malas prácticas del pasado, relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales de las personas, el ejercicio de la justicia penal militar y el establecimiento de políticas públicas de violación sistemática del derecho al debido proceso.

1.1. El estado de guerra exterior

El artículo 212 de la Carta dispone la existencia del estado de guerra exterior, el cual se declara mediante decreto legislativo que debe ser firmado por el presidente y todos sus ministros. Las causas que dan lugar a la declaración están relacionadas con la existencia de conflictos bélicos de carácter externo o de agresiones armadas de países vecinos. De acuerdo con el inciso 3º del artículo 212 de la Carta, el Senado de la República debe autorizar previamente la declaración, “salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión”, caso en el cual la declaración podrá ser hecha directamente, tal y como lo autoriza también el numeral 6º del artículo 189 de la Constitución, hipótesis esta que supone la existencia de un ataque armado en contra del país. Por la declaratoria de este estado de excepción, el presidente queda revestido de “las facultades estrictamente necesarias” para obtener cuatro objetivos:

repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento de la normalidad, debiendo existir coxexidad entre el contenido de las medidas que se toman y los fines buscados por el estado de guerra exterior. El estado de guerra exterior dura hasta que cese la guerra, y al igual que acontece con la conmoción interior, los decretos expedidos tienen vigencia temporal, mientras dura la situación que les dio origen, suspendiendo las leyes que sean incompatibles con dicho estado.

El estado de guerra tiene dos controles. El primero es de carácter político y es ejercido por el Congreso, el cual está facultado para declarar o no la guerra, para reunirse con plenitud de atribuciones, y para reformar o derogar los decretos legislativos que haya dictado el presidente en desarrollo del estado de guerra. El segundo control es jurídico y le corresponde a la Corte Constitucional oficiosamente. La norma incluye una fórmula retórica e inane, según la cual, el presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior. El estado de guerra no ha sido durante la vigencia de la Constitución de 1991.

1.2. El estado de conmoción interior

El artículo 213 de la Constitución establece una segunda clase de estado de excepción: la conmoción interior, que tiene como causa única, la “grave perturbación del orden público” que atente contra una cualquiera de las siguientes cosas: “la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana”. Como en el caso anterior, se reviste transitoriamente al presidente de poderes extraordinarios, para superar la situación de crisis e impedir la extensión de sus efectos. La conmoción interior podrá ser dispuesta mediante decreto en todo el territorio o en parte de él por períodos de hasta noventa días, prorrogables por dos períodos iguales, requiriendo la segunda prórroga concepto previo favorable del Senado. Los decretos que se dicten suspenden las leyes incompatibles con el estado, son transitorios y dejan de regir tan pronto se declare restablecido el orden público. A diferencia de la Constitución anterior, fueron establecidas tres reglas de protección para las personas: la prohibición expresa de que los civiles puedan ser investigados o juzgados por la justicia penal militar (inciso final del art. 216); no pueden suspenderse los derechos humanos ni las libertades públicas; y el Gobierno debe respetar las reglas del derecho internacional humanitario. Los decretos legislativos que

se expidan debe referirse única y exclusivamente a materias que tengan que ver con la situación que determinó su declaratoria.

Como en el caso anterior, concurren aquí controles políticos y controles jurídicos. De esta manera, el Congreso debe reunirse dentro de los tres días siguientes a la declaratoria, a evaluar el informe motivado que ha debido presentar el Presidente acerca de las razones que conllevaron la declaración. De forma análoga, la segunda prórroga de la conmoción interior requiere el concepto previo y favorable del Senado. El control jurídico está a cargo de la Corte Constitucional, a la que le deben ser enviados los decretos legislativos al día siguiente de su expedición.

Se prevé también la responsabilidad del presidente y los ministros cuando declaren la conmoción interior sin haber ocurrido los hechos que la originan, sobre lo que hay impunidad como lo prueba la declaratoria de inexequibilidad de la última conmoción interior de Uribe, que no acarreó ningún tipo de responsabilidad.

1.3. El estado de emergencia económica, social y ecológica

Este estado de excepción se encuentra previsto en el artículo 215 de la Carta y tiene como antecedente la reforma introducida en el año 1968 al artículo 122 de la Constitución de 1886. La norma preveía que los decretos allí expedidos debían ser destinados exclusivamente “a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”. La fórmula actual exige la satisfacción de un presupuesto objetivo para la declaración de ese estado, referido al suceso de un hecho que perturbe o amenace perturbar en forma grave e inminente el orden económico, o una gran calamidad pública. Para la Corte, esto “significa que el juicio subyacente al decreto declarativo de la misma, en cuanto hace relación a la verificación de uno de tales hechos no es de tipo discrecional como referido a la oportunidad y conveniencia, sino cognoscitivo y, por lo tanto, interpretativo”.¹ El inciso 1º del artículo 214 de la Constitución y el artículo 46 de la Ley 137 de 1994 regulan los límites temporales, previendo que se declare “por periodos de hasta 30 días en cada caso”, sin que los estados decretados puedan exceder el término de noventa días calendario en el año. Como en el caso de los otros estados de excepción, los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado decretado. A

¹ Sentencia C-004 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica nº 24.

diferencia de los decretos legislativos de conmoción interior, los dictados bajo el estado de emergencia económica “pueden reformar o derogar la legislación preexistente y tienen vigencia indefinida, hasta tanto el poder legislativo proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trata de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes”.²

2. La doble modalidad de los decretos legislativos

Los estados de excepción son expedidos con ocasión de los decretos legislativos y estos, a su vez, tienen dos momentos básicos de actuación: el decreto legislativo que declara el estado de excepción (i) y los distintos decretos legislativos que contienen las medidas tendientes a restituir la normalidad (ii). En lo que sigue se determinan los elementos centrales de ambos momentos

2.1. El decreto legislativo que declara el estado de excepción

Acerca del decreto declarativo se han defendido dos tesis. En vigencia de la Constitución de 1886 se sostenía que el decreto que declaraba el estado de excepción no era un decreto de contenido legislativo, sino que se trataba de un acto político contenido en un decreto, razón por la cual, la Corte Suprema de Justicia se inhibió de hacer control sobre este. En sentido contrario y en vigencia de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional sostiene que se trata de un decreto legislativo y que, por lo mismo, es pasible de control de constitucionalidad.³

Este decreto, a su vez, debe satisfacer requisitos tanto formales como materiales. En el caso específico del estado de conmoción interior, los requisitos formales son cuatro, a saber: el decreto legislativo que declara el estado de excepción debe ser suscrito por el presidente y sus ministros; el decreto debe ser motivado; en este debe indicarse si la declaratoria abarca todo el territorio nacional o tan solo parte de él; y en principio, su término de duración no puede exceder los noventa días. Los requisitos materiales son tres: deben haber acontecido hechos que generen la alteración del orden público; esa alteración debe ser grave y atentar contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana; y la grave alteración no puede ser resuelta mediante atribuciones ordinarias de policía. Alrededor de estos requisitos la Corte ha precisado que “el condicionamiento material que la Carta hace del estado de

² Sentencia C-179 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

³ Sentencia C-004 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

conmoción interior no sólo determina la legitimidad o ilegitimidad constitucional del decreto legislativo declaratorio sino que también constituye el ámbito de sujeción de los decretos legislativos de desarrollo dictados con base en él”.⁴

2.2. Los decretos legislativos que contienen las medidas

La regla general señala que los decretos legislativos que contienen las medidas son de vigencia temporal (salvo el caso de los decretos de la emergencia económica, social y ecológica, que son de carácter permanente), suspenden las leyes incompatibles con el estado de excepción, y sus materias deben tener conexidad con el estado de cosas que originó su declaración. En términos más precisos, las medidas no pueden suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales; deben respetar en todo caso las reglas del derecho internacional humanitario; deben ser sometidas a los lineamientos establecidos en la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994), y debe existir proporcionalidad entre las medidas tomadas y la gravedad de los hechos.

3. La conmoción interior y sus controles⁵

El antecedente inmediato de la conmoción interior se encuentra en el *estado de sitio*, previsto en el artículo 121 de la Constitución de 1886. La característica general de ese enunciado era su indeterminación y la ausencia de controles efectivos. Se lo preveía para los casos de turbación o amenaza del “orden público”, con la finalidad de su restablecimiento, sin que tampoco se diera contenido efectivo a esas expresiones. Como consecuencia de ello, los presidentes en Colombia usaron la figura con total libertad e irresponsabilidad, pues ni el Congreso ejerció un control político real, ni la Corte Suprema de Justicia ejerció el control judicial sobre las distintas declaratorias. En sentido contrario, la Constitución de 1991 intentó evitar los abusos de la figura, y para el efecto “impuso límites materiales y temporales al ejercicio de las facultades presidenciales bajo cada uno de los estados de excepción, reforzó los controles sobre las atribuciones extraordinarias del ejecutivo, fijó parámetros precisos para su declaratoria que además permitirían con oportunidad del control constitucional

⁴ Sentencia C-802 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica nº 3 c).

⁵ Los elementos que se disponen a continuación son tomados de las sentencias C-802 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, y C-070 de 2009, M. M. P. P. Humberto Sierra Porto y Clara Elena Reales, que contienen la doctrina constitucional y las reglas vigentes sobre la materia.

examinar la gravedad de los hechos invocados y definió los principios que se debían respetar al ejercer las facultades excepcionales”.⁶ A efectos expositivos, a continuación se examinan los elementos estructurales de la conmoción interior, sus límites y los controles a los que se encuentra sometida.

3.1. Elementos estructurales de la conmoción interior

Aquí se tienen en cuenta tres temas: los presupuestos de la declaratoria, la competencia para la declaración y las facultades que se otorgan al presidente.

3.1.1. Presupuestos de la declaratoria de conmoción interior

A este respecto deben ser considerados tres componentes:

- Un presupuesto fáctico, según el cual, es necesario que exista una perturbación del orden público.
- Una valoración, que es hecha por el presidente y que consiste en precisar que la perturbación sea “grave” y que “atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana” (art. 213 C.P., inciso 1º).
- Un juicio de suficiencia sobre los medios policivos, pues la conmoción solo procede si las atribuciones ordinarias de policía resultan insuficientes.

3.1.2. Competencia para la declaración

Está radicada de modo exclusivo en el presidente de la República.

3.1.3. Facultades otorgadas al presidente durante la conmoción

Sobre este punto resultan concurrentes cuatro asuntos:

- El espacio físico: la conmoción puede ser declarada en todo el territorio o en parte de él.
- El término de duración: la conmoción puede ser declarada hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por dos períodos iguales (es decir, otros 180 días), debiendo la última prórroga tener concepto previo del Senado de la República.

⁶ Sentencia C-070 de 2009, M. M. P. P. Humberto Sierra Porto y Clara Elena Reales, consideración jurídica nº 3.

- Alcance de las facultades: deben ser *las estrictamente necesarias* para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.
- El instrumento normativo: El presidente queda facultado para expedir decretos legislativos que contengan las medidas. Estos son de vigencia temporal y suspenden las leyes incompatibles con la conmoción.

3.2. Límites de la conmoción interior

A diferencia del régimen discrecional dispuesto en la Carta de 1886, la Constitución de 1991 intentó establecer una serie de límites normativos, tendientes a regular tanto la declaración del estado de conmoción como el ejercicio de las atribuciones que allí se contienen. La Corte identificó nueve clases de límites, como se muestra en los acápites que siguen.

3.2.1. La satisfacción de requisitos formales

Deben ser satisfechos cuatro requisitos formales, a saber:

- La expedición de un decreto legislativo que declare el estado, suscrito por el presidente y sus ministros.
- El decreto debe ser motivado.
- Debe indicarse si la declaratoria abarca todo el territorio nacional o tan solo parte de él.
- Su término no puede ser superior a noventa días.

3.2.2. La satisfacción de requisitos materiales

La fundamentación material de la declaratoria de conmoción interior, como ya se dijo parcialmente, exige la concurrencia de tres elementos:

- Que acontezcan hechos que generen alteración del orden público.
- Que esa alteración sea grave y que atente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana.
- Que la grave alteración no pueda ser resuelta mediante atribuciones ordinarias de policía.

Alrededor de estos requisitos la Corte ha precisado que “el condicionamiento material que la Carta hace del estado de conmoción interior no sólo determina la legitimidad o ilegitimidad constitucional del decreto legislativo

declaratorio sino que también constituye el ámbito de sujeción de los decretos legislativos de desarrollo dictados con base en él”.⁷

3.2.3. La prohibición de suspensión de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

Este límite es fijado por el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución Política, siendo remitido por la Corte Constitucional a los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el bloque de constitucionalidad. La Corporación ha precisado que: “En el caso del derecho constitucional de excepción, el bloque de constitucionalidad está conformado por el Texto Superior, los instrumentos de derecho internacional humanitario, los tratados que consagran derechos humanos y la prohibición de suspensión durante los estados de excepción y la ley estatutaria de tales estados (Ley 137 de 1994)”,⁸ siendo especialmente referibles, el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula lo atinente a la “suspensión de garantías”.⁹ Más aún, la Corte Constitucional en la tarea de determinar el alcance de la prohibición de suspensión de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, precisó los principios que deben ser observados durante los estados de excepción:

- El principio de intangibilidad de los derechos
- Los principios de necesidad y proporcionalidad
- El principio de temporalidad
- El principio de legalidad
- La proclamación y la notificación.

3.2.4. El respeto a las reglas del derecho internacional humanitario

La Corte define este derecho, teniendo en cuenta los planteamientos de Cristophe Swinarski, como “un conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales, y que limitan, por

⁷ Sentencia C-802 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica nº 3 c).

⁸ Sentencia C-802 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica nº 3 c)

⁹ Sobre el punto ver Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión consultiva nº 9, 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en Estados de Emergencia, serie A, nº 9.

razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a escoger libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra (Derecho de la Haya), o que protege a las personas y a los bienes afectados (Derecho de Ginebra). Definido de esta manera, el derecho internacional humanitario justifica plenamente su denominación más técnica de ‘derecho aplicable en situaciones de conflicto armado’.¹⁰ El numeral 2º del artículo 214 de la Constitución es tajante al señalar que “En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”,¹¹ afirmación que para la Corte se ve reforzada, pues la mayoría de las normas de este derecho son normas *ius cogens*.

3.2.5. Sometimiento de las facultades de conmoción a la ley estatutaria

Dentro del interés de los constituyentes de 1991 por limitar la discrecionalidad y el autoritarismo en los estados de excepción, el mismo numeral 2º del artículo 214 de la Carta dispone que “Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales”. En este sentido fue expedida la Ley 137 de 1994, con control previo realizado por la sentencia C-179 de 1994, donde se desarrollan entre otros asuntos, “la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los derechos intangibles, los mecanismos de control a la limitación de derechos y garantías, la descripción de las prerrogativas del ejecutivo para cada una de las especies del estado de excepción y las sanciones derivadas de su extralimitación”.¹²

3.2.6. La proporcionalidad entre las medidas y la gravedad de los hechos

El mencionado numeral 2º del artículo 213 de la Constitución señala, igualmente, que *Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad*

¹⁰ Cita contenida en la sentencia C-802 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica nº 3 c).

¹¹ En lo que tiene que ver con el “Derecho de Ginebra”, los principales instrumentos ratificados por Colombia son: los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobados por la Ley 5ª de 1960, ratificados en el año 1961; el Protocolo Adicional I de 1977, aprobado por la Ley 11 de 1992, con base en el artículo 58 Transitorio de la Constitución de 1991, declarada exequible mediante sentencia C-572 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón; y el Protocolo Adicional II de 1977, aprobado por la Ley 11 de 1992, declarada exequible por sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero y ratificado en febrero de 1996.

¹² Sentencia C-802 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica nº 3 c).

de los hechos. La Corte ha entendido este enunciado en el sentido de que “el ejercicio de las facultades debe centrarse únicamente en aquellas tareas que sean indispensables para conjurar el hecho perturbador, aplicando además entre las facultades extraordinarias *las que resulten menos gravosas* en términos de protección de derechos y garantías”.¹³ La idea central es la de mantener un equilibrio entre el ejercicio brusco del poder del Estado y los derechos de las personas.

3.2.7. La no interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder y los órganos del Estado

Este límite es muy importante, pues el establecimiento del régimen de excepción no significa la suspensión del Estado constitucional democrático ni sus instituciones. Por el contrario, la excepcionalidad tan solo implica la atribución de poderes específicos, que traen consigo la limitación de algunos derechos, pero no su suspensión, pues como lo dispone el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución, no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. Por lo mismo, la estructura general del Estado, de la que da cuenta el artículo 113 de la Constitución, en nada resulta afectada durante la excepcionalidad.

3.2.8. La prohibición del juzgamiento de civiles por la justicia penal militar

El juzgamiento de civiles por la justicia penal militar fue uno de los principales instrumentos de arbitrariedad y violación de los derechos humanos durante la vigencia de la Constitución de 1886. Dicho juzgamiento fue establecido con el beneplácito de la Corte Suprema de Justicia, que se preocupó más por favorecer a los militares armados que por proteger a los civiles desarmados, en una dinámica que trajo un régimen de total impunidad para los militares violadores de los derechos humanos. El punto fue tan crítico que como afirma García, se llegó a la irracionalidad de establecer por medio de ley, cláusulas de impunidad. La Constitución de 1991, consciente de la necesidad de preservar los derechos de las personas y, sobre todo, de limitar el asimétrico poder de los cuerpos armados, estableció una prohibición específica en el inciso final del artículo 213 de la Constitución, según la cual. En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

¹³ Sentencia C-802 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica nº 3 c).

3.2.9. El deber de declarar restablecido el orden público cuando cesen las causas que le dieron lugar

Este último límite está relacionado con las prácticas del siglo pasado, en la medida en que de facto, el estado de sitio, salvo brevísimas interrupciones, estuvo vigente entre 1949 y 1991. En este sentido, dos generaciones completas de colombianos, nacieron, crecieron y algunos murieron, bajo la interdicción de sus derechos individuales, la justicia penal militar y el autoritarismo. Por lo mismo, no es de extrañar que gran parte de los ciudadanos del presente, temiéndole a su propia libertad, no sepan qué hacer con ella y prefieran entonces entregar sus derechos a caudillos autoritarios, aun elegidos por voto popular. El pasado nacional los entrenó para eso. Para la Corte la obligación de declarar restablecido el orden público se deriva de los principios de temporalidad y proporcionalidad e implica el necesario restablecimiento de las garantías del Estado constitucional, que debe ser la regla y no la excepción.

3.3. El control de la conmoción interior y de sus decretos legislativos

La idea central que está en la base del establecimiento del régimen de controles, es la negación de la ingenua idea de la autolimitación del poder. Los poderes no se limitan ellos solos, sino que como bien lo plantearon los norteamericanos en *El federalista*, es indispensable el establecimiento de controles externos, ya que la ambición, el egoísmo y los móviles individuales, son el contenido mismo del poder.¹⁴

La Constitución de 1991 diseñó para los estados de excepción un control mixto, que se despliega en controles políticos y en controles jurídicos, tanto sobre el decreto que declara el estado de excepción, como sobre los decretos que contienen las medidas. Para la Corte Constitucional, los actos emitidos durante la excepcionalidad, “como todos los actos del poder público, son actos jurídicos sólo que se proyectan políticamente”, razón por la cual, deben ser sometidos tanto a control político como a control judicial. Más aún, respecto del decreto declarativo ha sostenido la tesis según la cual “si bien es un acto político, sujeto a consideraciones de necesidad, oportunidad y conveniencia, también es un acto jurídico atado a reglas y requisitos formales y materiales dirigidas a garantizar

¹⁴ Sobre el punto ver los clásicos capítulos 47-51 de Jay Madison Hamilton: *El Federalista*, México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

su legitimidad y a evitar su uso arbitrario”.¹⁵ El marco normativo del control de la conmoción interior está constituido por los artículos 213 y 214 de la Constitución, así como por la Ley 137 de 1994, estatutaria de los estados de excepción, que específicamente establece en el artículo 2º:

Artículo 2. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto regular las facultades atribuidas al Gobierno durante los estados de excepción. Estas facultades sólo podrán ser utilizadas cuando circunstancias extraordinarias hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado.

La ley también tiene por objeto establecer los controles al ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno, así como las garantías para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales. A continuación se tematiza cada uno de esos controles.

3.3.1. El control político de la conmoción interior

Por expreso mandato del artículo 114 de la Constitución, es tarea del Congreso ejercer control político sobre el gobierno y la administración, y siendo la declaratoria de la excepción un acto de gobierno, debe entonces sobrevenir el control político. En esta misma línea, el artículo 39 de la ley estatutaria de los estados de excepción dispone que “Si dentro de los tres días siguientes a la declaratoria del Estado de Conmoción Interior, el Congreso no se haya reunido, lo hará por derecho propio y el Gobierno le rendirá inmediatamente un informe sobre las razones que determinaron la declaración. También deberá presentarle un informe cuando sea necesario prorrogar el Estado de Conmoción Interior”. Este requisito del informe al Congreso con ocasión de la declaratoria de la conmoción interior, comparte características estructurales con el suceso de su prórroga, caso en el cual deberá también el presidente presentar informes motivados, hasta el punto de que el establecimiento de la segunda prórroga, “requiere concepto previo y favorable del Senado de la República” (art. 213, inciso 1º, C.P.), lo que no hizo la administración Uribe,

¹⁵ Sentencia C-070, M. M. P. P. Humberto Sierra Porto y Clara Elena Reales, consideración jurídica nº 3.

debiendo la Corte Constitucional declarar inexecutable de la segunda prórroga del estado de conmoción interior que había decretado.¹⁶

Igualmente y como ya fue señalado, el numeral 5° del artículo 214 de la Constitución dispone que: “El presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior”, así como por los abusos que cometieren en ejercicio de las facultades, lo que no sirve para nada, pues como bien se sabe, los presidentes en Colombia gozan de toda clase de impunidad.

3.3.2. El control jurídico de la conmoción interior y sus decretos

Este control fue asignado a la Corte Constitucional, está previsto en dos normas fundamentales: el numeral 6° del artículo 214 y el numeral 7° del artículo 241 de la Constitución, y recae sobre tres tipos de normas: el decreto que declara el estado de excepción; los decretos que contienen las medidas destinadas a superar la situación de anormalidad; y los decretos que prorrogan la excepción. Las normas constitucionales disponen:

Artículo 214. Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

[...]

6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

Y adicionalmente:

Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

[...]

¹⁶ Sentencia C-327 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

Como se debe precisar sin lugar a equívocos, el control involucra tanto el decreto legislativo que declara la excepción como los decretos que contienen las medidas, tal y como fue puntualizado con la sentencia C-004 de 1992.¹⁷ El control que opera sobre los decretos debe ser considerado en dos dimensiones. La primera es una dimensión normativa, que atañe a las normas respecto de las cuales debe ser hecho el examen de la Corte. La segunda dimensión se refiere a juicios jurídicos específicos sobre ellas.

a) Características del control jurídico sobre los decretos de la conmoción interior

A este respecto debe mencionarse lo siguiente:

- i. Es un control automático, en cuanto que es dispuesto directamente por el numeral 6º del artículo 214 de la Constitución, el cual dispone: “El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad”.
- ii. Es un control posterior, pues tiene lugar después de que los decretos han sido puestos en vigencia. Si bien el Decreto 2067 de 1991 establece una reducción de términos en el trámite del control de estos decretos, en la práctica los gobiernos y especialmente Uribe, han ejercido una práctica perversa que consiste en expedir decretos inconstitucionales y consumir sus efectos antes de que la Corte declare su inexequibilidad.
- iii. El objeto: el control recae sobre los decretos legislativos, los cuales tienen tres variedades: el decreto que declara el estado de conmoción, los decretos que contienen las medidas necesarias para restituir el orden público y los decretos que prorrogan la conmoción interior, en los casos en que así se decide.
- iv. Es un control integral, en la medida en que la Corte hace examen de forma, es decir, verifica la consistencia del trámite en la expedición

¹⁷ Sentencia C-004 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- de los decretos, y examen de fondo, que le permite establecer que los derechos no violan la Constitución ni los derechos fundamentales.
- v. Es un control definitivo. La Corte debe confrontar la totalidad del articulado de cada uno de los decretos con la Constitución, y la sentencia que se emite hace tránsito a cosa juzgada absoluta, razón por la cual, los decretos no pueden ser luego objeto de la acción de inconstitucionalidad.
 - vi. Es un control participativo, como todos los que se ventilan en ejercicio del control abstracto en la Corte Constitucional. En el caso concreto de los decretos legislativos, el artículo 37 de la Ley 137 de 1994 dispone:

Artículo 37. Para la efectividad de la intervención ciudadana, en la revisión de los decretos legislativos, repartido el negocio, el magistrado sustanciador ordenará que se fije en lista en la Secretaría de la Corte por el término de cinco días, durante los cuales, cualquier ciudadano, podrá intervenir por escrito, para defender o impugnar la constitucionalidad del decreto.

b) El referente normativo del control de los decretos legislativos

La Corte dispone este referente indicando que “en la elaboración y determinación del contenido y alcance de los límites materiales a la declaratoria de un estado de excepción, así como a cada una de las medidas que la desarrollan han intervenido el constituyente, la comunidad internacional, el legislador y el juez constitucional. Son fruto, por tanto, de un amplio consenso y van encaminados en la misma dirección: evitar los abusos del Ejecutivo, mantener un sistema democrático de gobierno, salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos, y sobre todo, garantizar el disfrute de los derechos inherentes al ser humano”.¹⁸ En este sentido y desagregando lo manifestado por la Corte, son referentes normativos de esta clase de decretos:

- El articulado de la Constitución Política.
- Los principios y reglas contenidas en la Ley 137 de 1994, estatutaria de los estados de excepción.

¹⁸ Sentencia C-1007 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas, consideración jurídica n° 2.2.1.

- Las reglas jurisprudenciales articuladas por la Corte Constitucional en el control de estos estados.
- Las cláusulas de salvaguardia contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que impiden la suspensión de “los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Debe precisarse que si bien procede la limitación de ciertos derechos, no sucede lo mismo con su suspensión. De esta manera, la Corte: “Bajo esta definición los ‘derechos humanos y libertades fundamentales’ cuya suspensión estaría prohibida bajo los estados de excepción comprende no sólo el catálogo de derechos contenidos en el Título II y en otras disposiciones de la Constitución Política, sino también los derechos reconocidos por la jurisprudencia constitucional, y los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.¹⁹
- Las normas del derecho internacional humanitario, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 214 de la Carta, especialmente en lo relacionado con la rigurosa observación de los principios que informan este derecho, como son el principio de distinción, el principio de precaución y el principio de trato humanitario y respeto por las garantías fundamentales.²⁰

c) El control del decreto legislativo que declara la conmoción interior

En vigencia de la Constitución de 1886, la Corte Suprema de Justicia incumplió su deber de defender la Constitución, negándose a ejercer control sobre los decretos que declaraban los estados de excepción, con el argumento de que se trataba de decretos de contenido político y no jurídico, razón por la cual, se abstenía de ejercer su trabajo y procedía a dictar un fallo inhibitorio. En este sentido y en materia de estados de excepción, los presidentes hicieron literalmente lo que les dio la gana, con la complacencia de la Corte Suprema.

En vigencia de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional puso fin a esa sumisión con los presidentes, y mediante la histórica sentencia C-004 de 1992 estableció la regla del control jurídico sobre los decretos legislativos que

¹⁹ Sentencia C-070 de 2009, M. M. P. P. Humberto Sierra Porto y Clara Elena Reales, consideración jurídica nº 4.

²⁰ Sobre el punto ver sentencia C-291 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

declaran los estados de excepción, expresando entre otros argumentos que “si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un estado de excepción, ello significaría que la facultades del presidente de la República en esta materia serían supraconstitucionales. Y más aún: que esta Corte podría tolerar la actividad inconstitucional del Ejecutivo renunciando así a su deber de restablecer el imperio del Estatuto Supremo”.²¹

Se trata entonces de un control integral, tanto de forma como de fondo, por el que se verifica el cumplimiento de los requisitos que exigen la Constitución y la ley estatutaria para declarar el estado de excepción. El examen de los requisitos de *forma* implica la verificación de cuatro cuestiones:

- Que el decreto lleve la firma del presidente y la totalidad de los ministros.
- Que en la parte motiva se expongan las razones que llevaron al presidente a creer que se estaba en presencia de una grave alteración del orden público, y que por lo mismo resultaba necesario declarar la conmoción interior. En este sentido, debe haber referencia a los hechos y al impacto de estos sobre la estabilidad institucional, la seguridad del estado o la convivencia ciudadana. Se trata propiamente de la motivación del decreto, la cual le impone al presidente cargas valorativas y probatorias. Así por ejemplo, Uribe declaró la conmoción interior mediante el Decreto 3929 de 2008, que contuvo quince falsas motivaciones, las cuales condujeron a su declaratoria de inexequibilidad por la sentencia C-070 de 2009.
- Que se señale el tiempo de duración de la conmoción interior.
- Que precise si la declaratoria abarca todo el territorio nacional o tan solo una parte de él, la cual deberá ser individualizada.

El examen de los requisitos de *fondo* implica el análisis de los motivos que dieron lugar a la declaratoria, lo cual supone tres niveles de estudio:

- Que se satisfaga el presupuesto fáctico. Para que se puede declarar la conmoción interior, es necesario que haya una *perturbación del orden público*, y el juez debe realizar un juicio objetivo de existencia de los hechos, verificando si el orden público fue alterado o no, y si no lo fue, debe declarar la inconstitucionalidad.

²¹ Sentencia C-004 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Que se satisfaga el presupuesto valorativo. No se trata de cualquier perturbación del orden público, sino que esta tiene que ser *grave*, y debe atentar “de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana”. Se trata de una valoración sobre los hechos perturbadores. La Corte ha dicho que debe tratarse de circunstancias extraordinarias y no crónicas o continuadas, que deben estar fundadas en pruebas objetivas. Respecto del juez, la Corte dispuso que “el presupuesto valorativo del estado de conmoción interior da lugar a que el juez constitucional realice un juicio objetivo de ponderación con el fin de determinar si la valoración realizada por el presidente de la República de la grave alteración del orden público es o no arbitraria y si en ella incurrió o no en un error manifiesto de apreciación”.²²
- Que se satisfaga el juicio sobre la suficiencia de las medidas. La parte final del inciso 1º del artículo 213 exige que la grave perturbación del orden público “no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía”. Nuevamente, el presidente debe valorar la suficiencia de los medios ordinarios de policía, y la Corte a su vez tiene que hacer un juicio de ponderación en el que verifique que la valoración del presidente respetó el marco normativo de los estados de excepción y si hubo o no error manifiesto en la apreciación.

d) El control sobre los decretos legislativos que contienen las medidas

La sentencia C-1007 de 2002 se refiere explícitamente a este punto en los siguientes términos: “La salvaguarda de tales límites se realiza por medio del control de constitucionalidad automático sobre el decreto que declaró la conmoción interior y demás decretos legislativos. En relación con estos últimos, el control se endereza a adelantar los siguientes juicios de valor: de conexidad, necesidad, finalidad y proporcionalidad”.²³

La conexidad está dispuesta en el numeral 1º del artículo 214 de la Carta y exige que los decretos “solamente podrán referirse a materias que tengan

²² Sentencia C-070 e 2009, M. M. P.P. Humberto Sierra Porto y Clara Elena Reales, consideración jurídica nº 5.

²³ Sentencia C-1007 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas, consideración jurídica nº 2.2.1.

relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción”. Se trata de una conexidad material y su finalidad es la de evitar la instrumentalización del estado de excepción, a efectos de evitar que sea usado con fines políticos o intereses desviados del presidente. Así por ejemplo, un decreto de conmoción interior no podría decretar obras públicas o escalas salariales.

La necesidad de las medidas atiende a que estas deben ser consideradas como indispensables para conjurar la situación de anormalidad. En sentido contrario, si para el caso bastaran las medidas ordinarias, procederá la declaratoria de inexequibilidad.

La finalidad se refiere al objetivo que deben cumplir las medidas. En el caso específico de la conmoción interior, el inciso 2º del artículo 214 dispone que estas deban estar encaminadas a “conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos”. Si se destinan hacia otros objetivos, deberá declararse la inexequibilidad, pues para ello debería ser usada la legislación corriente.

Finalmente, las acciones adoptadas deberán “ser proporcionales a la gravedad de los hechos”. Para la Corte, esto significa que las medidas deben limitarse a enfrentar de modo idóneo la amenaza que se cierne sobre el Estado, y que no pueden afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Así, deben ser sometidas al escrutinio de razonabilidad y satisfacer los subprincipios de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad estricta. En esta comprensión, cabe hacer referencia al artículo 13 de la Ley 137 de 1994, el cual dispone:

Artículo 13. Proporcionalidad. Las medidas durante los estados de excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar.

La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad.

Así como al numeral 1º del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4. El estado de emergencia económica, social, ecológica o por grave calamidad pública²⁴

Esta es la tercera modalidad de los estados de excepción previstos por la Constitución de 1991, diseñado de conformidad con el artículo 215 de la Carta, para corregir las alteraciones que desequilibran de forma grave e inminente el orden económico, el orden social, el orden ecológico o aquellas que constituyan grave calamidad pública, pudiendo ser individuales o concurrentes.

Los elementos y características de este control, así como el sistema y forma de control comparten algunas características con las del estado de conmoción interior, solo que ajustadas a su objeto específico. En este sentido, los criterios expositivos que se describen a continuación guardan similitudes con los del estado anterior.

4.1. Elementos y características del estado de emergencia económica, social y ecológica

Como ocurre con los otros dos estados de excepción, el presidente de la República es el único competente para declarar su existencia y dictar medidas de corrección mediante decretos legislativos. La emergencia económica, social o ecológica puede ser declarada por períodos de hasta treinta días en cada caso, los cuales sumados no pueden exceder los noventa días en el año calendario. Al igual que sucede con la conmoción interior, puede ser declarada en todo el territorio o en una parte de él.

Se trata de la asunción de facultades normativas de carácter extraordinario por parte del presidente, que lo facultan para dictar decretos destinados a enfrentar la crisis e impedir su extensión. Ello significa que las facultades excepcionales del Gobierno son de carácter restrictivo, toda vez que se limitan a aquellas estrictamente indispensables para, de esta forma, impedir un uso excesivo de las atribuciones extraordinarias y proscribir el empleo de funciones que no resulten necesarias para remediar la crisis e impedir la continuación

²⁴ Los elementos que a continuación se exponen son tomados, fundamentalmente, de las sentencias C-135 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto, y C-252 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, que examinaron dos declaratorias de emergencia social hechas por Uribe, la primera en el caso de la captadora de fondos DMG (declarada exequible) y la segunda, sobre la crisis en el sistema de salud (declarada inexecutable).

de sus efectos.²⁵ Por lo mismo, los decretos deben tener conexidad con el tipo de emergencia que haya sido declarada.

A diferencia de los decretos que se dictan en el estado de conmoción interior, los decretos de la emergencia económica, social o ecológica son de carácter permanente, salvo los que establezcan impuestos o tributos, los que dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso los transforme en permanentes.

4.1.1. Presupuestos para la declaración de la emergencia económica, social y ecológica

De forma análoga a como sucede con la conmoción interior, la emergencia económica exige la satisfacción de tres presupuestos:

- a. Presupuesto fáctico extraordinario: se refiere a hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social o ecológico, o que constituyan grave calamidad pública. Debe precisarse que la emergencia económica no fue diseñada para resolver problemas estructurales o males endémicos como el de la salud en Colombia, “enfrentado” por Uribe con la declaratoria de emergencia social.
- b. Presupuesto valorativo. Aquí la norma habla de *gravedad* o de *inminencia*. Así, debe tratarse de una perturbación o de una amenaza de perturbación grave e inminente del orden económico, social o ecológico; o de circunstancias que constituyan grave calamidad pública.
- c. Juicio de suficiencia. En el caso de la conmoción interior, la norma exige que los hechos perturbadores del orden público no puedan ser superados “mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía”. En el caso de la emergencia económica, social o ecológica, la norma exige una situación análoga. Sin embargo, por vía jurisprudencial se exige que la perturbación no pueda ser conjurada mediante el ejercicio de las facultades ordinarias de las autoridades estatales. La Corte ha dicho, más precisamente, que “De la Constitución y de la ley estatutaria de los estados de excepción surge la regla de la subsidiariedad que aplicada al estado de emergencia prescribe que su utilización se supedita a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para

²⁵ Sentencia C-252 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideración jurídica nº 4.1.4.

resolver los problemas y crisis que afecten o amenacen el sistema económico, social o el ambiente”.²⁶

4.1.2. Límites del estado de emergencia económica, social y ecológica y sus decretos

Este estado de emergencia cuenta con seis límites o prohibiciones explícitas, con consecuencias para el ejercicio del control. Estos se presentan a continuación.

a) Los requisitos formales

En total son cuatro los requisitos formales. En primer término, y especialmente respecto del decreto declarativo, este debe ser motivado, es decir, debe contener las razones que justifican el estado de excepción. En segundo lugar, y al igual que ocurre con los decretos legislativos de los otros estados de excepción, los decretos legislativos deben ser firmados por el presidente y la totalidad de los ministros. Como tercer elemento, debe precisarse el ámbito temporal y espacial de la declaratoria de la emergencia, y finalmente, debe fijarse el término durante el cual se ejercerán las facultades excepcionales.

b) Los requisitos materiales o sustantivos

El desarrollo de estos requisitos está relacionado con la satisfacción de los presupuestos fácticos, valorativos y de suficiencia señalados en la sección anterior. De esta manera, la parte motiva del decreto que declara la emergencia debe señalar todos los hechos sobrevinientes que han dado lugar a la perturbación o a la amenaza que desencadena la emergencia económica, social o ecológica. Este punto es muy importante. Se trata de exponer hechos sobrevinientes y no se trata de inventarse hechos, o de relacionar hechos endémicos o permanentes, como hizo Uribe en el Decreto 4975 de 2009. En segundo término, debe mencionarse el elemento valorativo, que consiste en sustentar por qué la perturbación a la que han dado lugar los hechos, es grave. Se trata propiamente de un juicio de intensidad acerca de los hechos y el daño causado o del que puedan causar. Finalmente y como ya fue mencionado, es necesario demostrar que el ordenamiento jurídico vigente resulta insuficiente para superar la situación o para evitar la consumación del daño que los hechos amenazan.

²⁶ Sentencia C-122 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, citada por la sentencia C-135 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica n° 4.

c) La prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales. Los derechos intangibles

En el sistema colombiano no pueden ser suspendidos los derechos humanos ni las libertades fundamentales. Estas tan solo pueden ser limitadas o restringidas durante los estados de excepción. La regla fue establecida en el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución, y también es aplicable al estado de emergencia económica, social y ecológica. Fue igualmente dispuesta por el artículo 4º de la ley estatutaria de los estados de excepción.

Sobre este punto la Corte ha diferenciado entre los derechos intangibles y los derechos limitados o restringibles. Adicionalmente, ha fijado las reglas que deben ser satisfechas para establecer la limitación de los derechos. A este efecto se reproduce la siguiente cita extensa:

[...] se debe distinguir entre los denominados derechos intangibles y los derechos limitables o restringibles. Mientras los primeros no son susceptibles de limitación o restricción alguna aún bajo los estados de excepción y debe por lo tanto garantizarse su pleno y efectivo ejercicio, los segundos pueden ser limitados pero con estricta sujeción a las reglas que se enunciarán a continuación: (1) la limitación debe ser necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente (art. 6 LEEE), (2) cuando sea necesario limitar el ejercicio de un derecho no intangible no se podrá afectar su núcleo esencial y se deberán establecer garantías y controles para su ejercicio (art. 6 y 7 LEEE); (3) debe justificarse expresamente la limitación de los derechos por lo tanto los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por los cuales se hacen necesarias (Art. 7 LEEE); (4) la limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad (art. 13 de la LEEE).²⁷

²⁷ Sentencia C-135 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica nº 4.

d) La prohibición de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores

Se trata de una prohibición expresa contenida en el artículo 215 de la Constitución. Su finalidad es preservar la integridad de derechos de alto impacto social, vulnerables a decisiones económicas del Gobierno. De esta manera, no pueden ser desmejorados ni el contenido ni los estándares de protección sobre derechos tales como seguridad social en salud, seguridad social en pensiones, trabajo y vivienda digna, entre otros.

e) La obligación de respetar la integridad de los principios jurídicos concurrentes con los estados de excepción

La Corte señala que este estado de emergencia se encuentra regido, además, por los principios de necesidad, proporcionalidad, temporalidad, legalidad y proclamación. Respecto de este último, indicó que “todo Estado que va a hacer uso de las medidas excepcionales debe manifestar expresamente las razones que fundamentan su decisión, esto es, las circunstancias que motivan la amenaza a la vida de la nación que sirve como base para la suspensión de garantías. La *notificación*, de otra parte, consiste en el deber del Estado de informar, a través del Secretario General del organismo multilateral respectivo y en caso que vaya a hacer uso de la facultad de restricción de garantías, las disposiciones que se propone restringir, el motivo de su restricción y la fecha en la cual se haya dado por terminada dicha limitación” (énfasis añadido).²⁸

4.2. El control de la emergencia económica, social y ecológica y sus decretos

De modo análogo a como acontece con el estado de guerra y la conmoción interior, la Constitución prevé el control político y el control jurídico sobre la emergencia económica, social y ecológica. A la concurrencia de esos dos controles, la Corte Constitucional la llama “control reforzado”.

En Colombia, el control político no sirve, en general, para nada y el de los estados de excepción, mucho menos. De hecho, se ha dado la inexequibilidad de varias declaratorias de estados de excepción por habérselas inventado los presidentes, y no ha sido adjudicada responsabilidad alguna. No obstante, se describe ese control fantasioso. El inciso 4º del artículo 215 señala que el Gobierno convocará al Congreso dentro de los diez días siguientes al venci-

²⁸ Sentencia C-135 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica nº 4.

miento de la emergencia económica, para presentarle un informe motivado de la declaratoria y las medidas adoptadas.

El control jurídico se comporta de un modo muy similar al del estado de conmoción interior y al igual que aquel, involucra tanto el decreto legislativo que declara la emergencia económica, como los decretos que contienen las medidas supuestamente necesarias para superar la perturbación.

Las características de este control son las mismas de la conmoción interior: recae sobre el decreto declarativo y sobre los que contienen las medidas; es un control posterior, pues sucede después de haber sido puestos en vigencia los decretos; es un control automático, ya que el párrafo del artículo 215 ordena la remisión de los decretos legislativos a la Corte Constitucional, al día siguiente de su expedición; es un control integral, en cuanto examina tanto los vicios de forma como los de fondo en que se hubiere podido incurrir; es un control definitivo, pues la decisión hace tránsito a cosa juzgada absoluta y no puede sobrevenir demanda posterior sobre las mismas normas; y al igual que todas las modalidades del control abstracto, es un control participativo, pues los ciudadanos pueden intervenir ante la Corte Constitucional durante el trámite de ese control.

De forma análoga a como acontece con la conmoción interior, el control que hace la Corte sobre el decreto declarativo debe detenerse en cada uno de los elementos ya señalados: en los hechos que dieron lugar a la declaratoria (elemento fáctico), insistiendo en que debe tratarse de hechos sobrevinientes de carácter extraordinario; en la evaluación que debe hacerse sobre estos (elemento valorativo); y el juicio de suficiencia alrededor de las medidas ordinarias, que según la Corte, están relacionadas con el ejercicio de los poderes ordinarios del Estado.

5. Un problema estructural. Los usos ilegítimos de los estados de excepción

Un problema histórico en el país es el de los usos ilegítimos de la excepcionalidad en general, y de los estados de excepción, tanto en vigencia de la Constitución de 1886 como bajo la Constitución actual. A efectos de evidenciar los usos irregulares y sus consecuencias, se trae al caso la manera como Uribe manoseó estas dos instituciones.

5.1. El uso irregular de la conmoción interior y sus decretos legislativos por la administración Uribe

A finales del año 2008 y con ocasión de un cese de actividades llevado a cabo por los servidores de la rama judicial, la administración Uribe declaró por segunda vez el estado de conmoción interior, el que inconstitucionalmente fue utilizado para resolver un conflicto laboral y para hacer una reforma a la administración de justicia. Entre las muchas afirmaciones hechas en la motivación del decreto, se dijo “Que la administración de justicia no se encuentra funcionando de manera normal y adecuada lo cual atenta contra la estabilidad institucional y el normal funcionamiento de la rama judicial, con grave detrimento del orden público y social”; “Que en la actividad judicial y la función de administrar justicia se presentan graves problemas de congestión, impidiendo el acceso a la justicia por parte de la ciudadanía para reclamar y hacer efectivos sus derechos”; y “Que la gravedad de la situación descrita pone en evidente peligro la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana”.

Al evaluar la Corte la constitucionalidad del decreto, decidió practicar pruebas y hacer el examen de los presupuestos fácticos y valorativos de la declaratoria de la conmoción interior contenida en el Decreto 3929 de 2008. Respecto de los presupuestos fácticos, la Corte encontró que el Gobierno había acreditado los presupuestos alegados, como la congestión judicial, el cese de actividades judiciales, las libertades por vencimiento de términos y la afectación de los procesos. Sin embargo, al evaluar los presupuestos valorativos de los hechos que originaron la conmoción, la Corte señaló que “el Gobierno no cumplió con la carga mínima de apreciación exigida por la Constitución y por la Ley Estatutaria de Estados de Excepción respecto del carácter grave y extraordinario de los hechos invocados, así como de su vocación para alterar el orden público”,²⁹ lo que forzó a la declaratoria de inexecutable del decreto.

Adicionalmente y en lo relacionado con el juicio de suficiencia de los poderes ordinarios de policía para conjurar la crisis, la Corte encontró que el presidente simplemente había mencionado la insuficiencia de los poderes de policía, sin valorarla, desde donde afirmó, que las simples aseveraciones “no constituyen una valoración sobre la insuficiencia de los poderes de policía en

²⁹ Sentencia C-070 de 2009, M. M. P.P. Humberto Sierra Porto y Clara Elena Reales, consideración jurídica nº 6.2.2.1.

cabeza del Presidente de la República para sortear la situación crítica originada por el cese de actividades judiciales, sino una simple afirmación de la insuficiencia de tales poderes”, y que por lo mismo, “al omitir tal apreciación, la declaratoria del estado de conmoción interior se convierte en un acto arbitrario que contraviene la Constitución, a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ratificados por Colombia y a la Ley Estatutaria sobre los Estados de Excepción, pues el Decreto 3929 de 2008 carece de uno de los requisitos materiales de la declaratoria, el cual a su vez es uno de los elementos básicos que permiten la realización del control judicial en cabeza de la Corte Constitucional”.³⁰

El uso irregular fue allí manifiesto, pues se declaró la conmoción interior para evitar pagar los derechos prestacionales que el Estado les adeuda a los jueces colombianos. Adicionalmente y “de paso”, la conmoción interior fue usada para hacer, de facto, una reforma judicial, lo que no sólo es inconstitucional, sino malintencionado.

5.2. El uso irregular de la emergencia económica y social y sus decretos legislativos por la administración Uribe

La Corte Constitucional, tras realizar el más serio de los estudios acerca del derecho a la salud en Colombia, en la parte resolutive de la sentencia T-760 de 2008, fijó distintos plazos de cumplimiento a órdenes de corrección dadas en la providencia. En general, el fallo debía ser cumplido entre octubre de 2008 y junio de 2009. La orden que tenía el plazo más extenso era la relacionada con la ampliación de la cobertura del sistema de salud y el cumplimiento del principio de universalidad, contenida en el punto resolutive n° 29 del fallo, que específicamente estableció:

Vigésimo noveno.- Ordenar al Ministerio de Protección Social que adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema de Seguridad Social en salud, en la fecha fijada por la Ley –antes de enero de 2010–. En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberán ser explicadas las razones del incumpliendo y fijarse una nueva meta, debidamente justificada.

³⁰ Sentencia C-070 de 2009, M. M. P.P. Humberto Sierra Porto y Clara Elena Reales, consideración jurídica n° 6.2.3.2.

La respuesta de Uribe fue la peor. En cumplimiento de la agenda del Estado corporativo que rige a Colombia desde el año 2002, en el que la legislación es puesta al servicio de los grupos económicos, fueron tomadas dos medidas, la segunda de ellas relacionada con el uso irregular del estado de emergencia social y los decretos legislativos:

- a. En primer lugar, el Ministerio de la Protección Social contrató con sujetos vinculados a los empresarios de la salud, el diseño de la normatividad que eventualmente solucionaría los problemas detectados por la Corte Constitucional. En sentido contrario, los usuarios y los profesionales de la salud fuimos excluidos de la discusión relacionada con ese derecho fundamental y sus problemas en Colombia.
- b. En segundo lugar y con base en esos “estudios”, Uribe procedió a expedir el Decreto 4975 de 2009, *Por el cual se declara el estado de emergencia social*, adoptando legislación de excepción para el sector salud.

El decreto que declaró la emergencia social estuvo fundado en 43 “razones” que constituyen la parte motiva de la declaratoria, entre ellas las relacionadas con la necesidad de que los recursos del sistema cumplan su necesidad constitucional; que se establezca un marco regulatorio para que los planes y los recursos se armonicen con los principios constitucionales; y que se adopten los mecanismos necesarios para la protección efectiva del derecho a la salud. Igualmente, y con base en la declaratoria, fueron expedidos:³¹ el Decreto 126 de 2010, que dicta disposiciones en materia de inspección, vigilancia y control para la lucha contra la corrupción dentro del sistema de salud; el Decreto 127 de 2010, que fija un IVA del 14% al consumo de cerveza, con destino a la salud; el Decreto 128 de 2010, que dispone que los servicios fuera del POS serán decididos por un comité técnico y que serán pagados por los propios enfermos; el Decreto 129 de 2010, que busca controlar la evasión y la elusión en las cotizaciones a salud; el Decreto 130 de 2010, que dispone que los premios no cobrados por arte y azar sean entregados al sistema de salud; el Decreto 131 de 2010, que sanciona a los médicos que ordenen tratamientos de medicina especializada; el Decreto 132 de 2010, que fija pautas para optimizar el flujo de los recursos de la salud; el Decreto 133 de 2010, que fija medidas para la

³¹ Esta reseña es tomada de Víctor Quinche Riveros: *Voz del Pensionado*, año XXII, n° 49, Bogotá, abril de 2010, p. 4.

misma optimización; el Decreto 134 de 2010, que adiciona el Presupuesto General de la Nación con destino al Fosyga, y de allí al Fonpres y al Cres; el Decreto 135 de 2010, que dispone que el 3% de los recursos del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y lucha contra el Crimen Organizado se destinará a programas de reducción del consumo de sustancias psicoactivas.

Finalmente, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-252 de 2010,³² declaró la inexequibilidad del Decreto 4975 de 2009, señalando entre otras cuestiones que no se estaba frente a hechos nuevos o extraordinarios, sino frente a la endémica degradación de la salud en Colombia.

³² Sentencia C-252 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Capítulo VIII

El control sobre los proyectos de ley, los proyectos de ley estatutaria y los proyectos de acto legislativo

El sistema colombiano prevé la existencia de dos modalidades de control sobre proyectos de norma, más específicamente, el control sobre los proyectos de ley objetados por el presidente de la República por inconstitucionales, y el control previo sobre los proyectos de ley estatutaria. No obstante, en el año 2012 y a propósito del trámite del proyecto de acto legislativo de “reforma a la justicia”, promovido por el gobierno, entre el Congreso de la República y el presidente Juan Manuel Santos dieron lugar al nacimiento de un inédito control previo sobre los proyectos de reforma a la Constitución, mediante el establecimiento de la sanción sobre actos legislativos y la posibilidad de proponer objeciones presidenciales sobre estos.

Este capítulo examina las reglas y componentes de la dos modalidades de control previstas en la Constitución, así como del control que se inventó Juan Manuel Santos en compañía de la ‘Mesa de la Unidad Nacional’, que es el nombre que se le ha dado al conjunto de parlamentarios que aprueban lo que lleva el presidente al Congreso, tal y como en su momento lo hicieran esos mismos sujetos alrededor de Álvaro Uribe, en lo que coloquialmente se llamó ‘la aplanadora uribista’.

1. El control sobre los proyectos de ley que han sido objetados por el presidente como inconstitucionales

De conformidad con el numeral 8º del artículo 241 de la Constitución, le corresponde a la Corte Constitucional: “8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales...”. El suceso de la objeción presidencial sobre los proyectos de ley es uno de los mecanismos de frenos y contrapesos establecido en la Constitución de 1991, y en virtud de este, al momento de la sanción de los proyectos de ley, el presidente de la República puede objetar el

texto, alegando su inconstitucionalidad, caso en el cual el texto objetado será devuelto al Congreso de la República, y en caso de insistir este, será remitido a la Corte Constitucional para que decida de fondo.

A efectos de examinar los elementos concurrentes a esta clase de control, a continuación se examinan las figuras de la “sanción” presidencial de los proyectos de ley y el suceso de las “objeciones presidenciales”, para luego estudiar el control específico que ejerce la Corte sobre los proyectos de ley que sean objetados por el presidente por inconstitucionales.

1.1. La sanción de los proyectos de ley, las objeciones presidenciales a los proyectos de ley y la promulgación de las leyes

Antes de examinar el control constitucional sobre los proyectos de ley objetados por el presidente por inconstitucionales, es necesario demarcar el contenido jurídico y el alcance de tres figuras concurrentes: la sanción presidencial de los proyectos de ley; la objeción presidencial sobre estos, y la promulgación de la ley, en los casos en que ha acontecido la sanción del presidente.

1.1.1. La sanción presidencial de los proyectos de ley

El artículo 157 de la Constitución establece los elementos estructurales del trámite de los proyectos de ley. Su numeral 4º establece que una vez que un proyecto haya surtido los debates y aprobaciones en las comisiones y plenarios de Senado y Cámara, para que sea ley de la República resulta necesario: “4. *Haber obtenido la sanción presidencial*”. Esta institución de la sanción presidencial de los proyectos de ley está prevista además en el artículo 165 de la Constitución y en el artículo 196 de la Ley 5ª de 1992, que redscribe de modo casi idéntico la norma constitucional:

Artículo 165. Aprobado un proyecto de ley por ambas cámaras, pasará al Gobierno para su sanción. Si éste no lo objetare, dispondrá que se promulgue como ley; si lo objetare, lo devolverá a la cámara en que tuvo origen.

La Corte Constitucional ha establecido que la sanción presidencial del proyecto de ley “[...] es el acto mediante el cual el Gobierno lo aprueba, y da fe de su existencia y autenticidad. Este acto constituye un requisito esencial que pone fin al proceso formativo de la ley, tal como lo prescribe el artículo

157 numeral 4 de la Constitución...”¹ Adicionalmente y dentro del mismo fallo, afirmó que hay necesidad de diferenciar entre la *sanción* presidencial del proyecto de ley, que pone fin al proceso de formación de las leyes y de su contenido, y la *promulgación* de las leyes, que se refiere a la publicación de dicho contenido.

1.1.2. La promulgación de la ley

Como ya fue señalado y de conformidad con el artículo 165 de la Constitución y el artículo 196 de la Ley 5ª de 1992, si el presidente no objeta el proyecto de ley y lo sanciona, entonces debe ordenar que se promulgue como ley. La figura de la promulgación fue definida en el artículo 52 de la Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, donde se señala que “La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción.”

Alrededor de esta figura, la Corte ha precisado que “La publicación de la ley, aunque presupone su existencia, es trascendental desde el punto de vista de su eficacia. De todas formas, se trata de un requisito que no se integra en el iter formativo de la ley. La publicación, en estricto rigor, constituye una operación administrativa material, reglada, que corresponde ejecutar al Gobierno y que se desarrolla de conformidad con lo que establezca la ley, la cual ha dispuesto que se realice por escrito y en el diario oficial”.²

1.1.3. Las objeciones presidenciales a los proyectos de ley

La figura de la objeción presidencial a los proyectos de ley está regulada por los artículos 166 y 167 de la Constitución, así como por los artículos 197 a 199 de la Ley 5ª de 1992, en los que propiamente se establece un procedimiento para su formulación y trámite.

La objeción presidencial a los proyectos de ley es un mecanismo de control, por medio del cual el presidente de la República impide el perfeccionamiento de un proyecto de ley o de una parte de este. De conformidad con el artículo 199 de la Ley 5ª de 1992, el proyecto puede ser objetado por

¹ Sentencia C-084 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, citada por la sentencia C-925 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n° 3.1.

² Sentencia C-306 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, citada en la sentencia C-905 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n° 3.2.

considerarse políticamente inconveniente, o por ser inconstitucional. En este sentido, existen dos clases de objeciones:

a) Objeción presidencial por inconveniencia

En estos casos el presidente de la República se abstiene de sancionar el proyecto de ley, por considerar que este no es conveniente o adecuado para el país. En este caso la objeción debe ser sustentada o argumentada en razones políticas.

b) Objeción presidencial por inconstitucionalidad

En este caso el presidente de la República se abstiene de sancionar el proyecto de ley por considerar que sus enunciados son contrarios a la Constitución. El trámite de las objeciones es reglado.

1.2. El control en los casos de objeción presidencial por inconstitucionalidad

Como características de este control la Corte Constitucional ha dispuesto las siguientes: se trata de un control previo, pues tiene suceso antes de la sanción del proyecto de ley; es un control interorgánico, en la medida en que participan tanto el Congreso de la República como órgano legislativo (en la medida en que la Constitución prevé la devolución del proyecto a las cámaras, para que evalúen la objeción propuesta por el presidente), como el presidente de la República, esta vez como titular del control constitucional; es material y formal, en cuanto que el examen de la Corte abarca no solo el contenido de la objeción propuesta por el presidente, sino que también se despliega sobre el trámite surtido por el proyecto de ley; y además en su decisión tiene efectos de cosa juzgada relativa, circunscrita al asunto que fue debatido de conformidad con la objeción. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha fijado tres reglas específicas, articuladas alrededor de los aspectos capitales de ese control:

1.2.1. El término del Gobierno para hacer la objeción por inconstitucionalidad

Dicho término está enunciado en el artículo 166 de la Constitución, el cual establece que: “El Gobierno dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste en más de veinte artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga veintiuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte días cuando los artículos sean más de cincuenta”.

Adicionalmente, la Corte ha establecido que se trata de días hábiles y completos, y que el conteo debe realizarse a partir del día siguiente a aquel en que el proyecto fue recibido para la sanción presidencial. Igualmente, “se ha establecido que la obligación que debe cumplirse implica la efectiva publicación de las objeciones en el Diario Oficial dentro de dicho término, no siendo admisible el simple envío a la Imprenta Nacional”.³

1.2.2. El carácter jurídico de la objeción y de la insistencia ante las cámaras

La Corte Constitucional diferencia entre el veto presidencial de las leyes, propio del sistema norteamericano, de la objeción presidencial por inconstitucional existente en Colombia, precisando que la objeción presidencial debe ser asumida afirmativamente, como la oportunidad de reflexión constitucional acerca de la constitucionalidad de un proyecto de ley o de una parte de aquel. En este mismo sentido y en caso de darse la insistencia del Congreso respecto de la objeción propuesta por el presidente, es también algo positivo y “no puede ser considerada como una colisión de competencias entre dos ramas del poder público, que por mandato superior están llamadas a guardar entre sí un equilibrio armónico. Simplemente se presenta una discrepancia de orden constitucional entre el Gobierno y el Congreso de la República, que debe ser resuelta por el intérprete último de la Constitución”.⁴

1.2.3. Alcance y límites del juez constitucional al resolver las objeciones presidenciales

Sobre este punto es necesario responder las siguientes preguntas: ¿cuáles son los alcances y los límites que tiene la Corte Constitucional al resolver las objeciones presidenciales sobre los proyectos de ley?, ¿debe pronunciarse únicamente respecto del asunto objetado o puede abarcar otras cuestiones y temas?, y ¿al resolver la objeción, puede también pronunciarse acerca de la existencia de vicios de forma?

Un balance de la respuesta a estos asuntos está contenido en la sentencia C-1404 de 2000 donde señaló que la actividad de la Corte debe circunscribirse, en principio, al estudio y decisión de los asuntos objetados por el presidente,

³ Sentencia C-766 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, consideración jurídica n° IV.1, citando la sentencia C-714 de 2008.

⁴ Sentencia C-766 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, consideración jurídica n° IV.2.

sin poder abarcar otros aspectos. No obstante, agregó en dicho fallo que en algunos casos, la actividad de la Corte puede extenderse hacia otros asuntos conexos, pues “en ciertas ocasiones se hace necesario que esta Corporación se pronuncie sobre aspectos que no fueron planteados explícitamente por el Gobierno, pero cuyo análisis resulta ser un presupuesto indispensable para el estudio de las razones de inconstitucionalidad formuladas en las objeciones mismas”.⁵ Finalmente y respecto de los vicios de forma, la Corte señaló que también procedía el examen sobre estos.

2. El control sobre los proyectos de leyes estatutarias

Las estatutarias son unas leyes de gran fuerza vinculante, sirven de fundamento a la expedición de otras normas, siendo además referentes normativos en el ejercicio del control constitucional. La ocurrencia de su control fue prevista inicialmente en el artículo 153 de la Carta, al establecer que su trámite “comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla”.

La Corte ha señalado que el control de estas leyes es oficioso, integral y definitivo: “Así, es claro que el control debe ser oficioso, no rogado [...]. Por otra parte al igual que en los demás casos de control de constitucionalidad de los proyectos de ley estatutaria, este control debe ser integral y definitivo. Integral, en la medida en que versará tanto sobre el fondo como sobre la forma de todo el cuerpo normativo y tendrá como parámetro de juicio todo el articulado de la Constitución, y definitivo, por cuanto la sentencia de la Corte hará tránsito a cosa juzgada constitucional, de manera que las normas que fueron declaradas exequibles no podrán ser demandadas nuevamente”.⁶ Otro modo de redescibir este control, indicaría que se trata de un control previo, pues acontece antes de la expedición de la ley, y automático, pues el proyecto debe ser remitido por el Congreso a la Corte por mandato de la Constitución.

⁵ Sentencia C-1404 de 2000, M. M. P.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis.

⁶ Sentencia C-972 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica no 6. Este fallo examinó la constitucionalidad del artículo 6º del Decreto 2207 de 2003, que desarrollaba el acto legislativo nº 1 de 2003. Su materia era la celebración de elecciones de diputados y concejales y se trató de un decreto estatutario.

Para el desarrollo del tema se hace una breve presentación de los elementos y características de las leyes estatutarias, para luego determinar las modalidades y reglas que rigen ese control y los elementos concurrentes con este.

2.1. Las leyes estatutarias: elementos y características

Al lado de las leyes orgánicas y la ley del Plan Nacional de Desarrollo, las estatutarias son las leyes que tienen mayor fuerza vinculante en el sistema colombiano. Se encuentran previstas en los artículos 152 y 153 de la Constitución y de acuerdo con la Corte Constitucional, contienen reglas, principios, fines y objetivos que regulan materias de especial importancia. A su vez, “tienen una especial jerarquía y una particular distinción dentro del ordenamiento jurídico, por lo cual la misma Constitución estableció que para su promulgación, debe seguirse un trámite más exigente que el contemplado para otro tipo de leyes”,⁷ por lo cual se habla de la “reserva de ley estatutaria”, para el manejo de sus materias.

El artículo 152 fija las materias reservadas a las leyes estatutarias, siendo estas los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, estatuto de la oposición y funciones electorales; las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; los estados de excepción; y la igualdad electoral entre candidatos a la presidencia de la República.

2.2. Características del control sobre los proyectos de leyes estatutarias

La enunciación de estas características fue hecha en los fallos fundacionales sobre leyes estatutarias, siendo uno integral el contenido en la sentencia C-011 de 1994, que examinó el proyecto de la que luego sería la Ley 131 de 1994, estatutaria del voto programático. Allí dijo la Corte que el control sobre los proyectos de ley estatutaria es jurisdiccional, automático, previo, integral, definitivo y participativo.

Es control jurisdiccional, en cuanto que es ejercido por jueces de la República, para el caso, la Corte Constitucional, siendo su parámetro jurídico, objetivo. La Corte señala al respecto que “si bien el control de constitucionalidad de una ley estatutaria es en realidad un control sobre un proyecto de

⁷ Sentencia C-687 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica n° 3.

ley, ello no implica que la Corte Constitucional sea colegisladora”⁸ ni que su labor esté regida por parámetros de oportunidad o conveniencia, que son los propios de los controles políticos y no de los controles jurisdiccionales.

Es un control automático. Esto significa que acontece porque así lo dispone la propia Constitución o la ley. Es el caso de lo dispuesto por el artículo 39 del Decreto 2067 de 1991, al señalar que “El presidente del Congreso enviará a la Corte Constitucional copia auténtica de los proyectos de leyes estatutarias inmediatamente después de haber sido aprobados en segundo debate. Si faltare a dicho deber, el Presidente de la Corte solicitará copia auténtica del mismo a la Secretaría de la Cámara donde se hubiere surtido el segundo debate”. En sentido contrario, no es necesaria la demanda ciudadana para efectuar el control sobre esta clase de leyes.

Es un control previo, pues acontece antes de la sanción presidencial del proyecto y antes que entre en vigencia la respectiva ley estatutaria. Tal es el sentido de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución, de acuerdo con el cual, el trámite de las leyes estatutarias “comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional”.

Es un control integral. Esto implica cuando menos tres cuestiones: en primer lugar, que la Corte debe efectuar examen formal, es decir, verificar que no se haya incurrido en vicios de procedimiento durante el proceso de formación de la ley; en segundo término, la Corte debe también efectuar examen material o de fondo, es decir, verificar que ninguno de los enunciados contenidos en la ley estatutaria contraría normas o preceptos de la Constitución. Finalmente y en tercer lugar, la Corte debe confrontar el proyecto de ley con toda la Carta Política, lo que bien dimensiona el carácter integral de ese control.

Es un control definitivo. El numeral 8º del artículo 241 de la Constitución dispone que la Corte Constitucional debe “Decidir definitivamente” sobre la constitucionalidad de los proyectos de leyes estatutarias. En este sentido, la decisión que tome la Corte hace tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, lo que impide que la ley examinada pueda ser demandada posteriormente ante la Corte Constitucional. Por lo mismo, la ley estatutaria es constitucional desde el momento de su puesta en vigencia.

Es un control participativo. Esta es una característica general de todos los procesos y actuaciones que se surten ante la Corte Constitucional en

⁸ Sentencia C-010 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica A.

ejercicio del control abstracto, y les permite a los ciudadanos intervenir en el control constitucional jurisdiccional. La norma de referencia es el numeral 1º del artículo 242 de la Constitución, que prevé: “2. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquéllos para los cuales no existe acción pública”.

2.3. El control por vicios de forma sobre los proyectos de leyes estatutarias

De conformidad con el numeral 8º del artículo 241 de la Constitución, la Corte debe ejercer control sobre los proyectos de leyes estatutarias “tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”. En lo que se refiere al control formal, al control sobre el trámite, los proyectos de ley estatutaria deben cumplir los siguientes requisitos,⁹ a riesgo de ser declarados inconstitucionales por vicios de forma:

- i. Publicación el proyecto de ley estatutaria en la Gaceta del Congreso, antes de darle curso en la Comisión respectiva, para el caso la Comisión Primera. De esta manera, se da cumplimiento a lo establecido en el numeral 1º del artículo 157 de la Constitución, así como en el artículo 144 de la Ley 5ª de 1992 que dispone: “Recibido un proyecto, se ordenará por la secretaría su publicación en la Gaceta el Congreso, y se repartirá por el presidente a la comisión permanente respectiva”.
- ii. Aprobación del proyecto en cada uno de los debates por mayoría absoluta. Según dispone el artículo 153 de la Constitución: “La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso”. El concepto de mayoría absoluta fue definido por el numeral 2 del artículo 117 de la Ley 5ª de 1992: “Mayoría absoluta. La decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los integrantes”, tanto de las comisiones como de las plenarios.

⁹ Sentencia C-490 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica nº 2.1, citando las sentencias C-713 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas y C-1011 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

- iii. Observar las reglas dispuestas para los debates dentro del trámite legislativo por el artículo 160 de la Constitución. De acuerdo con esta norma, debió hacerse la publicación de las ponencias en la *Gaceta* del Congreso; entre el primero y el segundo debate en cada cámara debió mediar un lapso no inferior a ocho días; y entre la aprobación del proyecto en una cámara y la iniciación de la discusión en la otra debieron transcurrir por lo menos quince días.
- iv. Haberse dado “el aviso” de que trata el artículo 8º del acto legislativo nº 1 de 2003, que adicionó el artículo 160 de la Constitución. Según esta norma, la presidencia de cada cámara o comisión debe dar aviso de la sesión en la que será realizada la votación del proyecto, mediante un acto inequívoco de fijación e información del evento. La Corte ha establecido que la irregularidad de la falta del aviso es subsanable. No obstante, “el vicio se tornará insubsanable cuando ‘afecta el principio de representatividad de la opinión de las minorías, de modo que, de no haberse presentado, los resultados de la votación habrían determinado un rumbo distinto al acto sometido a aprobación’”.¹⁰
- v. Aprobación del proyecto dentro de una sola legislatura. Así lo previenen el artículo 153 de la Constitución y el numeral 1º del artículo 208 de la Ley 5ª de 1992. El artículo 138 de la Carta define la legislatura al señalar que “El Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura”. La Corte ha precisado que el plazo de una sola legislatura se refiere únicamente al trámite dentro del Congreso, y no se extiende al período que requiere la revisión previa que efectúa la Corte Constitucional.
- vi. Respetar los principios que rigen el trámite legislativo, como son:¹¹ el principio de *unidad de materia*, de acuerdo con el cual, debe existir un núcleo rector entre los distintos contenidos de

¹⁰ Sentencia C-490 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica nº 2.5.4., citando el auto 311 de 2006

¹¹ Las definiciones de estos principios son tomadas de Juan Carlos Lancheros et ál.: *Trámite legislativo ordinario*, Bogotá: Derecho Justo, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 110-116.

un proyecto de ley, y que entre ese núcleo y los otros contenidos se presente una relación de conexidad; el principio de *identidad relativa*, que exige que durante el procedimiento legislativo las comisiones y las plenarias tengan la posibilidad de introducir modificaciones a los proyectos, siempre que exista un vínculo o conexidad entre la enmienda y lo previamente debatido; y finalmente, el principio de *consecutividad*, por el que los proyectos de ley y el acto legislativo deben ser tramitados en las comisiones y en las plenarias de cada cámara.

- vii. Realizar el análisis de impacto fiscal que ordena el artículo 7º de la Ley 819 de 2003 en el caso de leyes estatutarias que ordenen gasto público; y la verificación, en los mismos eventos, de que la iniciativa haya sido del Gobierno, según lo dispone el artículo 154 de la Constitución.
- viii. Sanción presidencial del proyecto de ley, que debe acontecer después del ejercicio del control por la Corte Constitucional y la declaratoria de exequibilidad del proyecto.
- ix. Haber cumplido el requisito de la consulta previa, respecto de normas que afecten directamente a comunidades indígenas y afrodescendientes. La Corte Constitucional ha aclarado respecto de este punto, que si bien la consulta no corresponde a asuntos de trámite legislativo, la verificación de su cumplimiento tiene consecuencias para el ejercicio del control que sobre la ley estatutaria se ejerce.

2.4. El control por vicios de fondo sobre los proyectos de ley estatutaria y sobre leyes ordinarias demandadas por violar las reservas estatutarias

El control por vicios de fondo consiste en el examen que hace la Corte de los enunciados contenidos en el proyecto de ley estatutaria (i), o en la ley ordinaria que ha sido demandada por violar la reserva de ley estatutaria (ii), frente a la Constitución Política, a efectos de verificar su conformidad.

Respecto del examen sobre los proyectos de ley estatutaria, una metodología posible del examen es la dispuesta en la sentencia C-490 de 2011, que efectuó la revisión de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria nº 190/10 Senado – 092/10 Cámara, “por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los

procesos electorales y se dictan otras disposiciones”, que luego se convertiría en la Ley 1475 de 2011. Allí se sugirió y aplicó como procedimiento expositivo tres niveles de análisis. El primero sería de carácter descriptivo y consistiría en una presentación general del proyecto de ley, fijando sus objetivos específicos. El segundo nivel sería de carácter comparativo y consistiría en un contraste introductorio, articulado alrededor de las modificaciones que trae el proyecto, respecto del régimen anterior. Finalmente, acontecería el estudio constitucional del articulado, el que según su extensión puede ir norma por norma, o desde la consideración de las unidades temáticas.

En lo que tiene que ver con el examen sobre leyes ordinarias que han sido demandadas por violar las reservas estatutarias, la Corte ha diferenciado entre dos situaciones: la primera, cuando el demandante ha atacado la totalidad de la ley, por considerar que es inconstitucional al violar la reserva de ley estatutaria; y en una segunda situación, cuando el accionante ha demandado tan solo algunos artículos de la ley ordinaria, por considerar que su materia específica ha debido ser tratada por medio de ley estatutaria.

En el primer caso, la Corte debe proceder a examinar de modo global la ley demandada, sin examinar ninguno de los enunciados específicos contenidos en la ley. Por lo mismo, los efectos de la cosa juzgada tan solo podrán referirse al cargo general estudiado, sin implicar un pronunciamiento de constitucionalidad sobre las distintas disposiciones contenidas en la ley examinada, las cuales pueden ser objeto de estudio posterior en virtud de demandas de inexecutable presentadas por los ciudadanos. En sentido contrario, si el cargo de inconstitucionalidad es hecho sobre enunciados específicos, sobre estos recae en principio la cosa juzgada relativa al análisis de ley estatutaria.

2.5. Control por vicios de competencia. Control por violación de la reserva de ley estatutaria

El control de la Corte Constitucional ha sido hasta ahora referido al control previo que se ejerce sobre los proyectos de ley estatutaria. No obstante, puede suceder y de hecho sucede, que una materia reservada a las leyes estatutarias haya sido regulada por medio de una ley ordinaria o de cualquier otra clase de ley. En estos casos, comoquiera que se está ante una ley, lo que procede es el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por demanda ciudadana, no por vicios de forma, sino por vicios de competencia, según lo ha establecido la Corte Constitucional.

A continuación se describen las características de esta clase de control, que en estricto sentido debería ir en la sección dedicada al control sobre las leyes. No obstante, aquí se hace su presentación, en referencia al contenido estatutario de los enunciados.

2.5.1. La violación de la reserva de ley estatutaria como vicio de competencia

El supuesto de hecho de esta situación es la expedición y vigencia de una ley ordinaria, que contiene y regula materias que debieron ser tramitadas como leyes estatutarias. Al principio, se consideró que la usurpación de materias estatutarias por medio de leyes ordinarias constituía un vicio de forma, lo que permitía el saneamiento de la irregularidad con el transcurso del tiempo, en la medida en que las demandas por vicios de forma tienen un término de caducidad de un año, pues según establece el numeral 3° del artículo 242 de la Constitución, “Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”. En sentido contrario y a partir de la sentencia C-448 de 1997, la Corte sostuvo que se trataba de un vicio de competencia:

Sin embargo, un análisis más detenido muestra que el desconocimiento de la reserva de ley estatutaria no constituye un vicio puramente formal, puesto que tiene que ver con el contenido material de la norma acusada. Así, una ley ordinaria puede haber surtido un trámite intachable, por haber sido aprobadas todas sus disposiciones conforme al procedimiento establecido por la Constitución y el Reglamento del Congreso. Esa ley ordinaria es pues formalmente intachable; sin embargo, algunos de sus artículos pueden ser declarados inexequibles por violar la reserva de ley estatutaria, si su contenido normativo es de aquellos que la Constitución ha ordenado que se tramiten por medio de esas leyes de especial jerarquía que son las leyes estatutarias.¹²

De esta manera, la inconstitucionalidad sobreviene en virtud de un vicio de competencia en el que incurre el Congreso, es decir, en la configuración de

¹² Sentencia C-448 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica n° 3.

un yerro alrededor de lo que este puede o no puede hacer. De esta manera, el Congreso puede regular distintas materias por medio de leyes, pero no puede hacerlo como quiera, sino con sujeción material a la Constitución, para el caso, con respeto por las cláusulas de reserva legal, más precisamente, por las reservas de ley estatutaria

2.5.2. Criterios de evaluación de las reservas de ley estatutaria usurpadas por medio de ley ordinaria

Según fue señalado, el artículo 152 de la Constitución establece seis materias distintas reservadas a las leyes estatutarias. Una cuestión central está en responder la siguiente pregunta: ¿cuáles son los criterios que permiten establecer si en un caso concreto de regulación de esas materias por medio de una ley ordinaria, ha sido violada la reserva de ley estatutaria? A este respecto la Corte Constitucional ha hecho dos cosas: en primer lugar, una demarcación a modo de advertencia, acerca del ejercicio de la cláusula general de regulación de los derechos por medio de ley ordinaria, y en segundo término, ha procedido a fijar diversos criterios de evaluación de la reserva de ley estatutaria, según el tipo de materia que haya sido tratada por el Congreso.

Respecto del primer punto, es decir, el alcance de la reserva de ley estatutaria y de su evaluación, la Corte Constitucional ha advertido que no toda regulación que se refiera a materias señaladas en el artículo 152 debe ir por ley estatutaria, lo que resulta un tanto obvio, pues si así fuera, el Código Penal por ejemplo, por referirse al derecho fundamental a libertad personal, debería entonces ir por ley estatutaria. Sobre este punto, la Corte señaló que debe darse una interpretación extensiva, salvo en el caso de las materias electorales, en las cuales la reserva estatutaria es de intensidad. A este respecto, la Corporación ha dicho:

[...] en general los diversos pronunciamientos han defendido la tesis que dicha reserva no ha de interpretarse de manera restrictiva, en el sentido que cualquier regulación que se ocupe de las materias contempladas por el artículo 152 constitucional requiera ser expedida por medio de ley estatutaria, pues dicha interpretación conduciría a un vaciamiento de las competencias de legislador ordinario y a que

se produzca el fenómeno que ha sido denominado en el derecho comparado como la “congelación del rango”.¹³

Ahora bien, respecto del tipo de regulación y los contenidos que deban desarrollarse por medio de ley estatutaria, la jurisprudencia constitucional ha identificado criterios de evaluación de esa reserva, según la materia específica que sea tratada, siendo la más notoria la referida a los derechos y deberes fundamentales de la persona.

El punto de partida del asunto se encuentra en la sentencia C-013 de 1993. Al inicio de sus actividades, la Corte resolvió una solicitud de inexecutable por violación de la reserva. Allí se demarcó su ámbito, señalando que las reservas no deben ser exhaustivas: “Las leyes estatutarias están encargadas de desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. No fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales”.¹⁴

Con posterioridad, la jurisprudencia constitucional ha venido construyendo la identificación de los criterios de evaluación de la reserva de ley estatutaria sobre los derechos y deberes de la persona, haciendo un buen balance en la sentencia C-791 de 2011, que examinó la posible violación de reserva de ley estatutaria por medio de la Ley 1438 de 2011, la cual fijó un total de siete criterios, así: “En resumen, la jurisprudencia ha sostenido que los criterios determinantes para identificar si una disposición que regule derechos y deberes fundamentales debió ser tramitada como ley estatutaria son los siguientes: (i) en primer lugar, la materia regulada, pues ha de tratarse de derechos y deberes de carácter fundamental, (ii) que trate sobre los elementos estructurales y los principios básicos del derecho o deber en cuestión, (iii) que se refiera los contenidos esenciales del derecho, (iv) que regule aspectos inherentes al ejercicio del derecho, (v) que consagre límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que delimiten el núcleo esencial, (v) cuando se trate de un cuerpo normativo que pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental, (vi) que aludan a la estructura general y principios reguladores

¹³ Sentencia C-307 de 2004, M. P. Humberto Sierra Porto, citada por la sentencia C-791 de 2011, consideración jurídica n° 3.

¹⁴ Sentencia C-013 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

pero no al desarrollo integral y detallado (vii) que la disposición se refiera a situaciones principales e importantes de los derechos”.¹⁵

No obstante y a pesar de la identificación de los criterios, la Corte ha precisado que si bien estos son útiles para delimitar el alcance de la reserva de ley estatutaria, no resuelven de fondo problemas relacionados con la tesis de la regulación detallada y exhaustiva del derecho por medio de esas leyes, así como con el alcance de sus reglas respecto del núcleo esencial de los derechos. Finalmente, la Corporación afirmó que los criterios son evaluativos y que deben estar en relación con la función que tiene la ley de actualizar el contenido de los derechos fundamentales, cuyos alcances están relacionados con el desarrollo de la sociedad.

En lo que tiene que ver con las demás materias reservadas a las leyes estatutarias, los asuntos y el mayor o menor grado de regulación se han hecho depender de materias específicas. De este modo y en lo que tiene que ver con materias electorales, ha sido planteada una “reserva reforzada”, en el sentido de que el legislador estatutario no debe someterse a los principios básicos del asunto, sino que debe desarrollar las materias con pretensión de exhaustividad y sistematización. De esta manera, desde la sentencia C-226 de 1994 se ha sostenido que “Por consiguiente, conforme a los anteriores argumentos, concluye la Corte Constitucional que a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales, en el caso de las funciones electorales, la ley estatutaria debe regular no sólo los elementos esenciales de las mismas sino todos aquellos aspectos permanentes para el ejercicio adecuado de tales funciones por los ciudadanos, lo cual incluye asuntos que podrían en apariencia ser considerados potestades menores o aspectos puramente técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral, como la fijación de las fechas de elecciones, el establecimiento de los términos de cierre de las inscripciones de candidatos o registro de votantes, la organización de las tarjetas electorales o de los sistemas de escrutinio, etc. Por su propia naturaleza, la ley estatutaria de funciones electorales es entonces de contenido detallado”.¹⁶

En sentido contrario, otras materias estatutarias pueden ser desarrolladas desde la enunciación de los lineamientos o principios generales que las abar-

¹⁵ Sentencia C-791 de 2011, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica n° 5.

¹⁶ Sentencia C-226 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, citada en la sentencia C-818 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica n° 2.2.3.3.

can. Así, en la sentencia C-818 de 2011 se reseña el caso de las materias relacionadas con la administración de justicia y los mecanismos de participación ciudadana,¹⁷ siendo respectivamente las que deben referirse a los elementos estructurales de la función pública de justicia, los principios que informan la administración de justicia, los órganos que la ejercen y sus competencias generales; y las disposiciones que introduzcan límites, restricciones, excepciones, prohibiciones o condicionamientos al ejercicio del derecho de participación, para el caso de los mecanismos que lo realizan.

Igual acontece con el control sobre la materia estatutaria relacionada con el régimen de los partidos y movimientos políticos, respecto de la cual: “El Congreso está facultado para imponer límites a la competencia de las agrupaciones políticas, a condición que (i) se trate de restricciones genéricas, que no incidan en la determinación concreta de su estructura y funciones; y (ii) estén unívocamente dirigidas a mantener la vigencia del sistema político democrático representativo”,¹⁸ estando obligado igualmente a considerar e incluir dentro del análisis normativo, las condiciones históricas del régimen político colombiano.

2.6. Control constitucional por demanda ciudadana sobre las leyes estatutarias. La inconstitucionalidad sobreviniente

Si bien se dijo que el control que ejerce la Corte sobre los proyectos de ley estatutaria es de carácter integral y definitivo, y que su decisión hace tránsito a cosa juzgada constitucional, existen dos situaciones de inconstitucionalidad sobreviniente, en las cuales los ciudadanos pueden demandar en todo o en parte la ley estatutaria, a pesar del suceso de la cosa juzgada constitucional. De esta manera, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad procede en los siguientes casos:

- a. Demanda ciudadana por vicios de forma en el trámite posterior a la sentencia. La Corte dijo, específicamente, que surge la posibilidad de demanda ciudadana con ocasión de “los trámites subsiguientes que debe surtir el proyecto para convertirse en ley, en desarrollo de los cuales puede vulnerarse el procedimiento constitucional estable-

¹⁷ Sentencia C-818 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica n° 2.2.3.3.

¹⁸ Sentencia C-490 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica n° 8 de la sección 3.

cido, frente a lo que la acción pública surge como mecanismo para declarar la inconstitucionalidad”.¹⁹

- b. Demanda ciudadana por vicios de fondo, por reforma constitucional posterior. Surge también la posibilidad de demandar, en los casos en que tienen lugar reformas constitucionales que modifican las reglas que sirvieron de modelo o patrón al control automático, es decir, con ocasión de hechos relacionados con “la modificación posterior de las normas constitucionales o de la conformación de las normas que integran el bloque de constitucionalidad. Lo cual supone la modificación del patrón de comparación a partir del cual se realizó el cotejo, propio del ejercicio del control de constitucionalidad, que se hizo entre las normas estatutarias y las normas del bloque de constitucionalidad”.²⁰

3. El control sobre los proyectos de acto legislativo objetados por el presidente como inconstitucionales

A este respecto es necesario señalar dos cosas: que la Constitución Política no establece el suceso de la sanción presidencial de los actos legislativos aprobados por el Congreso, y por lo mismo, no prevé la objeción presidencial sobre estos (i), y que en la Carta tampoco está previsto el control sobre los proyectos de acto legislativo objetados por el presidente por inconstitucionales, ya que el numeral 8° del artículo 241 de la Constitución únicamente señala dentro de las funciones de la Corte Constitucional, la de decidir “sobre la constitucionalidad de los *proyectos de ley* que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales”, pero no sobre los *proyectos de acto legislativo* que hayan objetados el presidente (ii). No obstante y pese a lo anterior, en junio de 2012, el presidente Juan Manuel Santos objetó por inconstitucional un acto legislativo ya aprobado por el Congreso, y este último, además, aceptó la objeción presidencial.

El hecho es que en el mes de junio de 2012, el Congreso de la República de Colombia aprobó en último debate el que debía ser el acto legislativo n° 7 de 2012, conocido coloquialmente como “la reforma a la justicia”. Para aquel

¹⁹ Sentencia C-546 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, consideración jurídica n° 3.7., citando la sentencia C-072 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁰ Sentencia C-546 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, consideración jurídica n° 3.7., citando la sentencia C-072 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

entonces, se trataba de la reforma número 37 que se le introducía a la Constitución de 1991. No obstante, ante la queja de muchos sectores y como algo inédito en Colombia, el acto legislativo fue llevado a sanción presidencial, y el presidente Santos se negó a sancionar el texto, formulando en su lugar una “objeción de inconveniencia general”, que finalmente impidió la vigencia del acto.

Frente al suceso de la objeción presidencial del acto legislativo, hay dos tesis encontradas. De un lado están quienes piensan que la objeción presidencial sobre los actos legislativos es un acto ajustado a la Constitución y que, sobre todo, es un mecanismo útil de control, que contribuye a la defensa de la Carta Política. Del otro lado están quienes sostienen que la sanción presidencial se circunscribe a las leyes, sin abarcar los actos legislativos, entendiendo que la objeción propuesta por el presidente Santos es inconstitucional.

A febrero de 2013, la Corte Constitucional tramitaba acciones de inconstitucionalidad propuestas en contra del Decreto 1351 de 2012 (que convocó al Congreso a sesiones extraordinarias para evaluar las objeciones presentadas por Santos) y en contra del que habría de ser el acto legislativo n° 7 de 2012 (que correspondía al proyecto de acto legislativo n° 007/11 Senado, 143/11 Cámara, acumulado con otros), bajo distintos cargos.

Se sostiene aquí que la sanción presidencial de los actos legislativos es inconstitucional, que ella debe limitarse a los proyectos de ley y que no debe abarcar a los actos reformativos de la Constitución. Para desarrollar esta tesis, en esta sección se realiza lo siguiente: se describen las características del presidencialismo en América Latina y Colombia; se describe el paulatino desplazamiento del poder constituyente desde el pueblo hacia al presidente, tal y como acontece en la región; y finalmente, se señalan los argumentos por los cuales la objeción presidencial de los actos legislativos es inconstitucional, en contraste con la postura de quienes defienden la procedencia de dicho “control”.

3.1. El régimen político y el presidencialismo en América Latina y Colombia

Esta sección pretende mostrar que el presidencialismo, escogido como opción dentro del modelo político de los países de la región, asume en América Latina características propias, que concentran en el presidente latinoamericano la totalidad de los poderes institucionalizados, hasta el punto de que progresivamente, el ejercicio real del poder constituyente va siendo desplazado del pueblo al presidente, con la complicidad y el beneplácito de todos.

Los libros de texto, al igual que las reconstrucciones que se hacen alrededor de los momentos fundacionales del constitucionalismo de los países de América Latina, presentan como lugar común de referencia la experiencia constitucional norteamericana y francesa del período de las revoluciones, ilustradas como los modelos que sirvieron de inspiración a los independentistas americanos.

En el plano regional, Brewer, al referir el origen del constitucionalismo de estos países, enumera siete características que fueron heredadas por las antiguas colonias del constitucionalismo norteamericano y francés, entre las que se encuentra el presidencialismo. En el plano local, Valencia, en su clásico trabajo sobre las constituciones políticas colombianas, identifica lo que denomina las “constantes estructurales” del constitucionalismo en Colombia, entre las cuales se encuentra el presidencialismo, inicialmente adoptado a partir del modelo norteamericano, pero con rasgos propios regionales que el autor entiende como “Modelado en el cesarismo bolivariano y directamente elegido desde 1910, el presidente de la República es un monarca elegido por voto popular cada cuatro años”.²¹

De esta manera, en la región se estableció el sistema presidencial, que cuenta con características propias, las cuales han venido degenerando en presidencialismos. Carpizo identifica tres rasgos estructurales en el sistema presidencial; estos son:²² en primer lugar, la separación nítida entre los poderes del ejecutivo y el legislativo, únicamente en lo relacionado con la elección de cada uno de ellos, en el origen de su legitimidad. No obstante, esa separación se diluye en el ejercicio de sus competencias como lo evidencia, por ejemplo, el poder veto donde lo hay, la iniciativa legislativa, la sanción de las leyes o la nominación para la elección de candidatos a cargos públicos. En segundo lugar, los períodos de uno y otro poder son fijos y permanecen independientes entre sí, de modo tal que el ejecutivo no pueda modificar el período del legislativo; y en tercer lugar, en el rasgo que resulta más determinante entre los dos poderes es que existen controles mutuos, distintos a los que se dan en el sistema parlamentario.

²¹ Hernando Valencia: *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá: Panamericana, 2010, p. 58.

²² Jorge Carpizo: “Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina”, en *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Universidad Autónoma de México, 2009, pp. 46 y 47.

Sin embargo y como lo prueba abundante evidencia empírica, el régimen presidencial en América Latina ha degenerado en diversas formas de presidencialismo, y en este la institucionalidad le pertenece cada vez más a los sujetos que ejercen la presidencia, por encima del sistema político de cada país. De esta degeneración hay, entre otras, dos potentes evidencias: de un lado, el sistema de controles mutuos entre los diversos poderes públicos se diluye, hasta funcionar todos los poderes alrededor el poder del presidente; y de otro lado, cada vez más, los diversos presidentes cambian la Constitución en la que fueron elegidos, para instaurar una propia, que se acomode a sus intereses, o modifican aquella con la que fueron elegidos, de modo tal que puedan permanecer mucho más tiempo en el poder. Los ejemplos son en extremo abundantes. Baste aquí referir las actuaciones de sujetos como Hugo Chávez en Venezuela, Álvaro Uribe en Colombia, Daniel Ortega en Nicaragua, Alberto Fujimori en Perú, Evo Morales en Bolivia, Cristina Kirchner en Argentina, Leonel Fernández en República Dominicana, Rafael Correa en Ecuador y tantos otros que han vuelto lo público un asunto personal, hasta el punto de desustanciar el propio poder constituyente, que como ya se dijo, resulta desplazado del pueblo al presidente de la República.

Carpizo registra bien esta degeneración al señalar que respecto de la relación entre los distintos poderes, “nuestras realidades alteraron la estructura propia del sistema presidencial y casi, o sin el casi, nulificaron los controles mutuos que deben existir entre los poderes Legislativo y Ejecutivo, con el agravante de un poder Judicial débil y, generalmente, no independiente”,²³ muy ligado al presidente por hábito, por temor o por simple conveniencia, como ocurre con el Consejo de Estado de Colombia.

El caso colombiano es emblemático en materia de presidencialismo. Desde el momento de fundación de la República, salvo el período federal del siglo XIX, fue instaurado un presidencialismo extremo, que entre muchos otros rasgos, ha permitido la concentración de la casi totalidad de los poderes públicos alrededor del presidente; le permite además total irresponsabilidad, en la medida en que su juzgador (el Congreso) conforma la bancada parlamentaria directa o en coalición con la que gobierna. Más aún, respecto de investigaciones y juicios de responsabilidad, ese Congreso es experto en impunidad, con lo que además se diluye de modo progresivo la red de controles en la que

²³ Jorge Carpizo: “Características esenciales del sistema presidencial...”, cit., p. 63.

debería consistir un Estado constitucional democrático, y cada vez más asume los poderes y características que se supone tiene el poder constituyente.

El poder del presidente colombiano llega a todos los rincones del Estado y de la Administración. En el plano funcional, los artículos 115 y 189 de la Carta disponen que el presidente sea jefe de Gobierno, jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, para luego enunciar las numerosas funciones presidenciales, principalmente en los artículos 189, 200 y 201 de la Constitución, relacionadas específicamente con el Congreso y con el poder judicial.

La disolución de la red de controles que debe regir en un Estado constitucional democrático, así como la creciente acumulación de poderes de todo tipo alrededor del presidente, también puede ser probada fácilmente. Alrededor de la concentración del poder, el presidente colombiano no solo modificó la Constitución Política en su provecho personal, como aconteció con la expedición del acto legislativo n° 2 de 2004, que estableció la reelección presidencial inmediata, sino que a iniciativa de distintos presidentes ha sido modificado sucesivamente el título XII de la Constitución, *Del régimen económico y de la hacienda pública*, hasta concentrar en el presidente de turno, la distribución del Presupuesto General de la Nación, a través de dos funcionarios que él mismo designa: el ministro de Hacienda y sobre todo, el director del Departamento Nacional de Planeación.

En segundo término y alrededor de la disolución de la red de controles, baste referir dos sucesos notorios, el primero de ellos relacionado con la expedición sucesiva de decretos presidenciales que evaden las redes del control, mediante la articulación de decretos de todo tipo (reglamentarios, ejecutivos, marco, de corrección de yerros, compiladores), que van a parar al Consejo de Estado, que no cumple la función de control judicial para la que fue creado; y el segundo, con el hecho innegable de que las normas que se convierten en ley son justamente las que radica el presidente y hace aprobar por sus parlamentarios, lo que en la práctica ha implicado la renuncia al debate y el imperio del pactismo entre los poderes ejecutivo y legislativo. Finalmente y para el colmo de los excesos, tiene lugar ahora el desplazamiento del poder constituyente del pueblo al presidente, con lo que el ciclo perverso del presidencialismo sigue avanzando.

3.2. El desplazamiento del poder constituyente del pueblo hacia el poder del presidente

A junio de 2013, en Colombia han sido aprobados 37 actos reformativos de la Constitución. Una característica común a la mayoría de esos actos legislativos, es que la iniciativa de estos provino del presidente de la República, y que fueron tramitados y aprobados por los miembros del partido político al que pertenecía ese presidente, o por los miembros de las bancadas que lo apoyaron, como ocurrió y ocurre desde la expedición del acto legislativo n° 1 de 2003, de “reforma política”. En términos más simples, el poder constituyente operó por iniciativa del presidente, creció y se desarrolló por “los hombres del presidente”, quienes aprobaron sus iniciativas, representando nominalmente al pueblo. Sin embargo, un hecho reciente ha aumentado todavía más el dominio del presidente sobre el despliegue real del poder constituyente en Colombia, y es que desde el mes de junio de 2012 el presidente radica los proyectos de reforma constitucional; luego los miembros de su partido y de las bancadas que lo apoyan tramitan y aprueban lo que el presidente les encomendó; y ahora, en el extremo de la sumisión, se le permite al presidente verificar que lo que él radicó, sea lo mismo que sus seguidores le aprobaron, o que cuando menos le guste, pues para el caso se permite ahora que los actos reformativos de la Constitución aprobados por el Congreso de la República sean revisados por el presidente. En términos más coloquiales, el presidente radica o inspira la reforma, para que sus hombres se la tramiten y aprueben y al final, y si no han hecho lo que él quería, o simplemente no le gusta, entonces puede objetarlo, o “no sancionarlo”, como se dice ahora.

Este cierre del ciclo del dominio presidencial sobre el despliegue del poder constituyente no corresponde a ninguna teoría, sino a hechos recientes que bien vale reconstruir a modo de evidencia de ese despojo.

Durante el segundo semestre del año 2011, correspondiente al primer período de la legislatura, el presidente de la República llevó al Congreso un proyecto de acto legislativo, encaminado a hacer lo que se denominó “la reforma a la justicia”, y este fue acumulado con otros proyectos relacionados con la misma materia, para finalmente realizar un único trámite ante el Congreso,²⁴ que terminaría actuando como poder constituyente secundario.

²⁴ Proyecto de acto legislativo no 007/11, Senado – 143/11 Cámara, Por medio del cual se reforman

Surtido exitosamente el trámite de esa reforma constitucional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 375 de la Constitución, el Congreso de la República le remitió al presidente el 20 de junio de 2012, por medio de un oficio, el texto del acto legislativo n° 7 de 2012, que correspondía al proyecto de acto legislativo n° 007/11 Senado – 143/11 Cámara, acumulado, a efectos de que este procediera a su *promulgación*.

No obstante, el presidente de la República en vez de ordenar la promulgación del acto legislativo aprobado, elaboró y remitió al presidente del Congreso de la República un escrito contentivo de un pliego de objeciones al acto legislativo, escrito en el cual manifestó que “en el trámite de sus disposiciones y en el contenido de las mismas, se observan serias deficiencias jurídicas y de conveniencia que atentan contra el orden constitucional y la seguridad jurídica de los colombianos”.

El texto del escrito de objeciones presidenciales al acto legislativo n° 7 de 2012 fue publicado el lunes 25 de junio de 2012 en el Diario Oficial n° 48472. Adicionalmente, el presidente de la República dictó el Decreto 1351 de junio 25 de 2012, *Por el cual se convoca al Congreso de la República a sesiones extraordinarias*, conminándolo para que entre el 27 y el 28 de junio de 2012 examinara las objeciones presentadas en contra del acto legislativo n° 07 de 2012. El texto de este decreto fue también publicado en el Diario Oficial 48472 de junio 25 de 2012, a la vez que se divulgaba por los medios de comunicación un documento de la Presidencia de la República, acordado con los voceros de los partidos de la coalición del gobierno de la Unidad Nacional, de *Objeciones totales al Acto Legislativo No. 07 de 2012 por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política en relación con la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones*, documento que al parecer serviría de apoyo a la discusión de las objeciones presidenciales que debían tramitarse en el Congreso.

Acogiendo la convocatoria decretada, el Congreso se reunió en sesiones extraordinarias los días 26 y 27 de junio, a efectos de evaluar las objeciones formuladas por el presidente, y aprobó por mayoría de sus miembros *admitir la objeción de inconveniencia general*. Por consiguiente, decidió *votar afirmativamente la objeción integral y su consecuente archivo definitivo e inmediato*.

artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones, acumulado a los proyectos 09/11, 11/11, 12/11, 12/11 y 13/11.

Respecto de esta novedosa facultad del presidente, que ahora le permite proponer objeciones en contra de actos legislativos aprobados, han sido formulados entre otros dos argumentos normativos, ambos contenidos en la parte considerativa del Decreto 1351 de 2012. El primero se ellos expresa que “ninguna norma de la Constitución prohíbe de manera explícita la presentación de objeciones gubernamentales contra actos legislativos”. Como segundo argumento normativo se cita el artículo 227 de la Ley 5ª de 1992, según el cual, “Las disposiciones contenidas en los capítulos anteriores referidas al proceso legislativo ordinario que no sean incompatibles con las regulaciones constitucionales, tendrán en el trámite legislativo constituyente plena aplicación y vigencia”.

El primer argumento es muy flojo y de ser cierto implicaría que todo aquello que no le esté expresamente prohibido al presidente de la República en la Constitución, le está permitido, lo que no solo es absurdo, sino estúpido. El segundo argumento supone un asunto de compatibilidad procedimental y normativa, entre el trámite de los proyectos de ley y el de los proyectos de acto legislativo. Aquí basta simplemente considerar que respecto del primero, el Congreso actúa como simple legislador, y por lo mismo, no opera allí como órgano plenamente autónomo, sino que lo que apruebe está sujeto a revisión y sanción presidencial, mientras que en el segundo evento el Congreso actúa como poder constituyente secundario, para lo cual tiene plena autonomía respecto del presidente de la República, que en dicho plano no es más que otro órgano o poder constituido.

3.3. Argumentos a favor y en contra de la sanción y las objeciones presidenciales sobre actos legislativos

A continuación se exponen algunos de los argumentos que han sido expuestos en favor y en contra de la procedencia de la sanción presidencial de los actos legislativos y de las objeciones que les pudieren ser propuestas.

3.3.1. La inconstitucionalidad de la sanción de los actos legislativos y de las objeciones presidenciales sobre estos²⁵

Los argumentos que defienden la tesis de la inconstitucionalidad recaen en dos componentes: el decreto que convocó a las sesiones extraordinarias y la

²⁵ Este segmento es tomado de Manuel Quinche: “El desplazamiento del poder constituyente del

inexistente facultad presidencial para objetar actos legislativos al momento de “sancionarlos”.

a) El Decreto 1351 de 2012, Por el cual se convoca al Congreso de la República a sesiones extraordinarias

De acuerdo con su encabezamiento, el decreto fue dictado con base en las facultades que le confieren al presidente los artículos 138 y 200.2 de la Constitución. Aquí ya hay un problema de legitimidad y de constitucionalidad, pues esas normas se refieren al trámite de los proyectos de ley, y no al de los actos legislativos, pues el artículo 375 de la Constitución prohíbe expresamente el desarrollo de sesiones extraordinarias respecto de estos, al señalar tajantemente que “El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos”. Adicionalmente, en el presente caso tampoco se configuraba el supuesto de hecho pedido por la norma, que supone la existencia de un proyecto, pues cuando se expidió el decreto que convoca a las sesiones extraordinarias, el cual debió ser el acto legislativo n° 07 de 2012, había sido ya aprobado, es decir, había sido surtido la totalidad del trámite previsto en el título XIII de la Constitución.

Este uso irregular de los decretos por parte del presidente de la República no es ninguna novedad en Colombia. Durante la administración de Álvaro Uribe, el abuso con los decretos presidenciales fue enorme, y aunque se pensaba que con la administración de Juan Manuel Santos ese abuso se detendría, tan solo ha acontecido una modificación en la intensidad.

b) La “sanción” de los actos reformativos de la Constitución y sus objeciones

La “sanción” presidencial de los actos reformativos de la Constitución es un acto inconstitucional, por varias razones. Alrededor de esta afirmación, a continuación son presentados argumentos normativos, por precedente, por consecuencia y los que se relacionan con la concentración del poder alrededor del presidente.

Un primer conjunto de razones está fundado en argumentos normativos. Lo primero que debe quedar claro es que el presidente de la República fue facultado por la Constitución para *promulgar* los actos legislativos, pero no para sancionarlos. La facultad de sancionar normas se refiere exclusivamente

pueblo hacia el poder del presidente”, en *Las objeciones presidenciales a los actos legislativos*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2013, pp. 65-85.

a los proyectos de ley y fue establecida de modo taxativo en el artículo 157 de la Constitución.

Dentro de la misma comprensión, el artículo 375 de la Constitución, referido al trámite de reformas constitucionales por vía del Congreso, excluye la posibilidad de sesiones extraordinarias, al prever un trámite que tan solo puede ser surtido durante los períodos ordinarios de sesiones, lo que constituye una prohibición absoluta en sentido contrario.

Ahora bien, la propia Constitución advierte acerca de la consecuencia de violar los anteriores enunciados, disponiendo que la reunión carezca de validez (para el caso, las sesiones extraordinarias), y que los actos allí realizados carezcan de efectos (para el caso, el examen de las “objeciones” presidenciales). Así, el artículo 149 de la Carta dispone:

Artículo 149. Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la Rama Legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes.

En segundo término, pueden esgrimirse argumentos por precedente. Debe precisarse, sin embargo, que el asunto va mucho más allá de seguir el precedente o de hacer un exótico “cambio de jurisprudencia”. Se trata mejor de puntualizar los límites funcionales de las competencias del presidente, en escenarios como el colombiano o el latinoamericano, donde los presidentes abusan del poder, con la complacencia de sus parlamentarios y sus jueces.

Las reglas jurisprudenciales son claras.²⁶ El punto de partida usual es la sentencia C-222 de 1997, que es referencia común en juicios de constitucionalidad sobre la materia. Allí la Corte estableció que:

Al tenor del artículo 165 *Ibidem*, “aprobado un proyecto de ley por ambas cámaras, pasará al Gobierno para su sanción”. Agrega la norma

²⁶ La siguiente reconstrucción es tomada en sus elementos estructurales del texto de la demanda de inconstitucionalidad propuesta ante la Corte Constitucional por el ciudadano Jaime Araujo Rentería en contra del Decreto 1351 de 2012 y del acto legislativo 7 de 2012.

que, si el Ejecutivo no lo objetare, dispondrá que se promulgue “como ley”; y que, si lo objetare, lo devolverá a la cámara en que tuvo origen. Posteriormente, tiene lugar la aceptación por las cámaras de lo observado por el Gobierno, la insistencia en el proyecto por la mitad más uno de sus miembros, en el caso de objeciones por inconveniencia, o la decisión de esta Corte, si las cámaras han insistido en el proyecto objetado por el Presidente con base en razones de inconstitucionalidad.

*Ninguna de estas posibilidades se da en el caso de los proyectos de Acto Legislativo, pues además de la expresa referencia de las indicadas normas a los proyectos de ley, el artículo 375, específico de las reformas constitucionales, no supedita su entrada en vigencia a la sanción del Ejecutivo, ni autoriza a éste para objetarlas.*²⁷ (Énfasis añadido)

Este precedente fue luego reiterado en la sentencia C-543 de 1998, en la cual la Corte citando el fallo anterior, precisó además que:

En contra de lo que afirma el demandante, la sanción es un requisito de validez establecido por la Constitución única y exclusivamente para las leyes. Por tanto, esa exigencia no es aplicable a los actos legislativos, como expresamente lo señaló la Corte en Sentencia C-222/97 [...]

Además, debe agregarse que los Actos Legislativos mediante los cuales el Congreso reforma la Constitución no requieren de sanción presidencial, porque las decisiones de la voluntad constituyente no pueden, por su misma naturaleza, quedar subordinadas a la aquiescencia de ningún poder constituido, salvo la competencia estricta y precisa atribuida a la Corte para efectos del control formal.²⁸

Posteriormente, la Corte al examinar una demanda de inconstitucionalidad propuesta en contra del acto legislativo n° 1 de 2001, reiteró la regla de exclusión de la sanción presidencial y la presentación de objeciones a los actos legislativos:

²⁷ Sentencia C-222 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández.

²⁸ Sentencia C-543 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Ahora bien, cabe recordar que esta Corporación señaló en las Sentencias C-222 de 1997 y C-387 de 1997, atendiendo a las características de la función Constituyente atribuida al congreso para la expedición de los actos legislativos, *que no resultan aplicables las disposiciones relativas a* (i) mensaje de urgencia (art. 163 C.P.) (ii) sesiones conjuntas de las comisiones constitucionales (art. 163, 341 y 346 C.P.) (iii) *sanción y objeción gubernamental* (art. 157-4 y 165 C.P.).²⁹ (Énfasis añadido)

Dentro de la reconstrucción hecha por el demandante ya señalado, se tendría la reiteración de las anteriores reglas:

Reitera la Corte que el Presidente de la República carece de facultades para objetar las reformas constitucionales –incluidas obviamente las que apruebe el pueblo en referendo.³⁰

Como última consideración, se reitera que el presidencialismo latinoamericano debe ser limitado. Durante los siglos XVIII y XIX en la fundación del constitucionalismo moderno, se pensaba que el poder asimétrico dentro del Estado era el legislativo, y que en este sentido, la red de controles debía estar encaminada a limitar los eventuales desmanes del accionar de ese órgano. En las condiciones actuales del constitucionalismo colombiano y latinoamericano, nos hemos ido al otro extremo, al de nuestros presidentes, ahora apropiándose hasta del poder constituyente.

3.3.2. La constitucionalidad de la sanción de los actos legislativos y de las objeciones presidenciales sobre estos³¹

Alrededor de la constitucionalidad de la sanción y de las objeciones sobre actos legislativos han sido señalados como argumentos: que el presidente “tiene responsabilidades constitucionales que no puede eludir” y que por lo mismo debe hacer respetar la Constitución y los derechos de los ciudadanos,

²⁹ Sentencia C-482 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁰ Sentencia C-1000 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda, y Sentencia C-1053 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

³¹ Lo que sigue es una secuencia de lo contenido en Manuel Cepeda: “Exmagistrado analiza alcance de los ‘micos’ en la reforma judicial”, en *Las objeciones presidenciales a los actos legislativos*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2013, pp. 139-142.

lo que es obvio, pero choca con el problema de que si ahora le dio por ser tan “responsable”, tiene que hacerlo dentro del régimen de la Constitución y no fuera de él.

En segundo término, se dijo que en el caso concreto del acto legislativo de reforma a la justicia, el problema estaba en los “micos” que introdujeron algunos de los parlamentarios, que no materializaban la decisión del Congreso, sino de la de ellos. De esta manera, el presidente no contrariaba la voluntad del Congreso.

En tercer lugar, se adujo que los “micos” introducidos conllevaban una gran modificación de la estructura del juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, y que por eso se necesitaba “la oportuna y necesaria intervención gubernamental”. Adicionalmente y como cuarto argumento, se señaló que toda la reforma era ilegítima y que contenía vicios de procedimiento, lo que en últimas habría “derrumbado a pedazos el acto legislativo y agravado la confusión y el caos”.

Finalmente y como eventual argumento jurídico, se afirma que “además, ninguna sentencia de la Corte en su ratio decidendi vinculante ha establecido una prohibición absoluta de objetar actos legislativos porque nunca le ha llegado un caso para analizar el punto. En cambio, sí hay precedentes que sostienen que al trámite de los actos legislativos se les aplican las normas sobre formación de las leyes, en lo que no sea incompatible con la Constitución”.

Capítulo IX

El control sobre los tratados públicos y las leyes que los aprueban

El crecimiento y la fragmentación del derecho internacional en la actualidad hacen que el control sobre los tratados públicos y las leyes que los aprueban sea decisivo dentro del Estado constitucional democrático. El punto es muy importante por varias razones.

En la totalidad de los países latinoamericanos, el presidente de la República es el director general de las relaciones internacionales y, dentro de ellas, tiene la competencia para suscribir y ratificar los tratados y convenios internacionales. Como para desgracia de estos países ha sido instaurado un presidencialismo extremo, entonces el ejercicio del control sobre los actos del presidente en materia internacional se vuelve decisivo, pues bien puede ocurrir y de hecho ocurre que el presidente latinoamericano suscriba y establezca obligaciones internacionales del Estado que representa, sin control alguno, tal y como acontece por ejemplo con los acuerdos simplificados o *executive agreements*.¹ En este sentido, tal control es toda una garantía del Estado constitucional.

En segundo término, el control sobre los tratados internacionales y sus múltiples variedades, denominaciones o nombres (tratado, convenio, protocolo, acta, acuerdo...) es decisivo, en virtud de las dinámicas del derecho internacional de la actualidad, que asiste a innegables procesos de fragmentación, complejización y especialización. Como se sabe, en sus orígenes el derecho internacional estuvo vinculado al derecho de la guerra, y hacia la década de los cincuenta del siglo pasado se transformó en derecho diplomático. No

¹ Es el caso, por ejemplo, de Álvaro Uribe en Colombia, quien no tuvo ningún inconveniente en suscribir como "acuerdo simplificado", el Acuerdo complementario para la cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América, por medio del cual introducía al país siete bases militares de ese país en Colombia, con todo tipo de privilegios.

obstante, en la actualidad lo que se percibe es un proceso de fragmentación, en el que el derecho internacional “clásico”, es apenas una de las variedades posibles, que se desarrolla junto a disciplinas como el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, el derecho de las organizaciones internacionales, el derecho internacional económico, el derecho internacional de la integración, el derecho internacional de los derechos humanos y otras tantas variedades y denominaciones que van teniendo lugar con el paso de los años. En este sentido, el control constitucional resulta definitivo, en la medida en que constituye la respuesta desde el derecho interno a las múltiples facetas de un derecho cada vez más potente.

Finalmente, tiene gran importancia el control sobre los tratados y sus leyes aprobatorias, en virtud de las dinámicas actuales del derecho internacional, entre las que cabe destacar: en primer lugar, por el carácter normativo que ha adquirido, el derecho internacional. En el pasado y aún en el presente, los países latinoamericanos han tenido por costumbre firmar y ratificar todo, sin entender cabalmente que lo que hacen es adquirir obligaciones normativas de derecho internacional, hasta el punto de que cuando les exigen su cumplimiento, o los sancionan por incumplirlas, entonces se extrañan y se resisten a cumplir el fallo, como bien lo evidencian las actitudes de Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos respecto de la Corte Interamericana y la Corte Internacional de Justicia de La Haya, respectivamente. Esta clase de control es muy importante, en segundo lugar, por la proliferación de tratados de contenido económico y de libre comercio, que se han convertido en moneda corriente, amenazando derechos contenidos en la Constitución. Debe resaltarse, asimismo, el valor de este control, pues los hechos evidencian que los Estados se encuentran cada vez más sometidos a las empresas multinacionales, a los grupos financieros internacionales, a los ricos locales y a diversos organismos de toda laya, hasta el punto de que el control pasa a ser el único instrumento que considera los derechos de los ciudadanos, amenazados y disminuidos en tiempos del nuevo milenio.

Para desarrollar este control, en primer lugar se hace una presentación analítica de los tratados públicos y las leyes que los aprueban, para luego dar paso a una reconstrucción relacionada con el inexistente control de esos instrumentos en vigencia de la Constitución de 1886 y su advenimiento con la Constitución actual. En tercer lugar, se trabaja el régimen y la evolución del

control de los tratados en la Constitución de 1991, para finalmente examinar sus reglas y características puntuales.

1. Los tratados públicos y las leyes que los aprueban

Como punto de partida debe ser explicitada la diferencia existente entre lo que es un tratado público, y lo que es la ley aprobatoria del tratado público, señalando desde ya que sobre los dos instrumentos recae el control de constitucionalidad. En principio, un tratado público es un acuerdo, un pacto, suscrito entre sujetos de derecho internacional, celebrado por escrito y regido por el derecho internacional. Por su parte, la ley aprobatoria del tratado público es el mecanismo interno de incorporación que utilizan algunos Estados, entre ellos el colombiano, por medio del cual el instrumento de derecho internacional es incorporado a la legislación interna o nacional.

1.1. Los tratados públicos

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, en la que Colombia es Estado parte, en el artículo 2º trae una definición de lo que es un tratado, disponiendo además otras definiciones técnicas que son muy útiles alrededor de los tratados públicos, las leyes aprobatorias y el control constitucional:

Artículo 2. Términos empleados.

1. Para los efectos de la presente Convención:

- a) *se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;*
- b) *se entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;*
- c) *se entiende por “plenos poderes” un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el*

consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado;

d) se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;

e) se entiende por un “Estado negociador” un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado;

f) se entiende por “Estado contratante” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado;

g) se entiende por “parte” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor;

h) se entiende por “Tercer Estado” un Estado que no es parte en el tratado;

i) se entiende por “organización internacional” una organización intergubernamental.

2. Las disposiciones del párrafo I sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado”. (Énfasis añadido)

Posteriormente, Colombia suscribió también la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, del 21 de marzo de 1986, aprobada en Colombia por medio de la Ley 406 de 1997, que en el artículo 2º estableció una definición más integral de tratado:

Artículo 2

Términos empleados

1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito:

i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o

ii) entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y *cualquiera que sea su denominación particular*; (Énfasis añadido)

La Corte Constitucional colombiana ha establecido a lo largo de su jurisprudencia numerosas definiciones de tratado público, en las que ha primado el criterio material, que es el dominante en la Convención de Viena. Así, en la histórica sentencia C-400 de 1998 la Corte resaltó de los tratados, el carácter de norma compleja de derecho internacional, señalando que: “Como acto complejo que es, el tratado internacional se concluye después de haber sido objeto de un procedimiento igualmente complejo [...]. El procedimiento tradicional para la conclusión de los tratados, aplicado, en principio, a los tratados bilaterales, comprende la negociación, por parte del ejecutivo, la firma por plenipotenciarios, la ratificación y el canje ratificaciones”,² debiendo agregarse los pasos de recepción del tratado en el sistema interno, como son la expedición de la ley aprobatoria de este por el Congreso y el control de la Corte Constitucional por medio de sentencia.

Más recientemente y dentro de la misma línea, la Corte estableció que: “Bajo los lineamientos de la Convención de Viena, y por supuesto sin pretensiones exhaustivas en la materia, se entiende que un tratado (i) es un acuerdo escrito, (ii) celebrado entre dos sujetos de derecho internacional, (iii) regido por el derecho internacional y (iv) que es independiente de la denominación formal que del mismo se haga”.³

Dentro del referido auto, la Corte señaló que en el caso colombiano los tratados solemnes son la forma prevista por la Constitución Política para que el Estado colombiano asuma, amplíe o modifique obligaciones internacionales *ex novo*, entendiendo a su vez por “tratado solemne” (para diferenciarlo de los acuerdos simplificados), aquel que para su validez y entrada en vigencia requiere el agotamiento de varias etapas y la intervención de diversas autoridades públicas. De esta manera y de un modo simplemente esquemático, cabe precisar que en principio el procedimiento para la formación de los tratados consta de tres momentos básicos, que luego son complejizados: la negociación del acuerdo, la aprobación interna y la manifestación del consentimiento

² Sentencia C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica n° 19.

³ Auto 288 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideración jurídica n° A 2.

internacional de obligarse por el tratado. Ahora bien, la aprobación interna conlleva, a su vez, dos momentos: el de la expedición de la ley aprobatoria del tratado público por parte del Congreso y el del control por la Corte Constitucional, que se estudian a continuación.

1.2. Las leyes aprobatorias de tratados públicos

Esta clase de leyes son el instrumento utilizado para dar ingreso en el sistema interno a los tratados y convenios internacionales que han sido suscritos por el presidente bajo el régimen del derecho internacional. Como ya se dijo, un tratado público es un acto jurídico de carácter complejo, escrito, que materializa un acuerdo realizado entre Estados, o entre organizaciones internacionales, o entre Estados y organizaciones internacionales, regido por normas de derecho internacional, que para su perfeccionamiento en el orden interno, requiere la expedición de una ley por el Congreso, la ley aprobatoria de tratado público. Debe quedar muy claro que respecto de estas leyes, la competencia del Congreso es restringida, pues tan solo puede aprobar o improbar la totalidad del tratado, sin alterar su contenido con la inclusión de nuevas cláusulas. La iniciación del trámite legislativo es de competencia del Senado, y de conformidad con el artículo 217 de la Ley 5ª de 1992, respecto de esta clase de leyes solo “Podrán presentarse propuestas de no aprobación, de aplazamiento o de reserva”.

Como actos complejos, los tratados involucran la concurrencia de diversas autoridades públicas y etapas para su perfeccionamiento, entre las que se cuenta el Congreso de la República en la expedición de la ley. De esta manera, los pasos mínimos para el perfeccionamiento el tratado en el orden interno son:

- **Negociación:** es la etapa inicial y consiste en la realización de un acuerdo entre personas de derecho público internacional, acerca de las cláusulas y contenidos que serán vertidos en el tratado. La negociación es competencia del presidente de la República o de sus delegados plenipotenciarios, de conformidad con el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución Política.
- **Suscripción o firma:** es la formalización de lo que ha sido acordado y consiste en la firma de un documento que contiene la negociación, siendo también de competencia del presidente de la República de conformidad con la norma ya citada.

- La ley aprobatoria del tratado público: negociado el acuerdo y firmado el documento por el poder ejecutivo, este es llevado al órgano legislativo, al Congreso de la República, con dos finalidades específicas: la de ejercer allí control jurídico y político sobre el instrumento y la de efectuar el acto de incorporación del tratado internacional en el derecho interno, lo que acontece por medio de una ley, según lo prevé el numeral 16 del artículo 150 de la Constitución Política.
- Sanción presidencial: expedida la ley y como acontece con esa clase de normas, el texto aprobado por el Congreso debe ser remitido nuevamente al poder ejecutivo, para que proceda la sanción del proyecto de ley por parte del presidente, como lo establece el numeral 4º del artículo 157 de la Carta Política.
- Control judicial de la Corte Constitucional: este opera tanto sobre el tratado como sobre la ley aprobatoria. Igualmente, se trata de un control integral, pues examina tanto los vicios de forma del trámite, como los de fondo, materiales o de contenido. En principio, se trata de un control automático, pues el gobierno está obligado a remitir para la revisión de la Corte Constitucional los dos textos, el tratado y la ley que lo aprueba, dentro de los seis días siguientes a la sanción presidencial, tal y como lo prevé el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución.
- Ratificación: es el último paso en el perfeccionamiento del tratado y da lugar a su exigibilidad. Consiste en una solemnidad por la cual el Estado suscriptor de un tratado le manifiesta a los otros firmantes que han sido agotadas las etapas internas de perfeccionamiento de este y que ha cobrado plena exigibilidad. Para la ratificación son usados básicamente dos procedimientos: el canje de notas diplomáticas si se trata de un tratado bilateral, o el depósito de la ratificación en el caso de tratados multilaterales.

De acuerdo con lo expuesto, para el perfeccionamiento del tratado público se requiere la concurrencia de tres de los poderes públicos: el ejecutivo en la negociación, la suscripción y la ratificación del tratado, así como en la sanción de la ley aprobatoria; el legislativo, en el trámite y perfeccionamiento de la ley aprobatoria expedida por el Congreso; y el judicial, en la ejecución del control por la Corte Constitucional.

En lo que tiene que ver con el criterio sustancial o material, en principio, cualquier materia puede ser objeto de un tratado público, salvo que resulte contraria al derecho internacional de los derechos humanos, al derecho internacional Humanitario, y las reglas, principios y costumbres del derecho internacional. Por último, se precisa que a las leyes aprobatorias de tratados públicos les será dado el mismo trámite legislativo que a las leyes ordinarias. Como suceso excepcional, el artículo 224 de la Constitución prevé un caso de aplicación provisional, sin que exista aún ley aprobatoria, referido a “los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así los dispongan”.

2. El inexistente o mínimo control de los tratados en vigencia de la Constitución de 1886⁴

La Constitución de 1886 no previó ningún mecanismo de control para los tratados públicos ni para las leyes que los aprueban. Por lo mismo, los presidentes colombianos suscribieron y pusieron en vigencia los tratados que buenamente quisieron, que en la mayoría de los casos se limitaron a límites territoriales y “colaboración” militar y económica con Estados Unidos. En materia de derechos humanos, los presidentes colombianos suscribieron también alegremente numerosos acuerdos internacionales (baste referir la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los Convenios de Ginebra, etc.). Sin embargo, no lo hicieron porque les interesaran los derechos humanos, sino que alegremente entendieron que esa clase de tratados, en estricto sentido, no eran normas jurídicas, y lo más grave, que los jueces colombianos, con la Corte Suprema de Justicia a la cabeza, no iban a aplicar esos tratados, como en efecto descaradamente aconteció hasta la expedición de la Constitución de 1991. Tan solo muy tardíamente y en la década de los años ochenta, vino a ser formulada por vía jurisprudencial una forma tibia de control constitucional, a propósito del tratado de extradición de nacionales con Estados Unidos. Durante la vigencia de esta Constitución, es posible diferenciar tres etapas o períodos del control constitucional de los tratados y sus leyes aprobatorias, como se verá en los siguientes acápite.

⁴ Algunos apartes de esta reconstrucción son tomados de: Manuel Quinche y Ricardo Abello: “El control constitucional de los acuerdos en forma simplificada en Colombia. Un caso de evasión del control”, en *International Law*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, n° 8, junio-noviembre de 2006, pp. 11-52.

2.1. Período inicial (1886-1985). Ausencia total de control sobre los tratados y sus leyes aprobatorias

Entre el 6 de junio de 1914 y el 6 de junio de 1985, la Corte Suprema de Justicia sostuvo la “tesis” de la incompetencia absoluta de ese tribunal para ejercer control constitucional sobre los tratados y sus leyes aprobatorias. Así, cada vez que fue demandado un tratado público o su ley aprobatoria, la Corte Suprema declaró su incompetencia y se inhibió de conocer de la demanda.

Dentro de esa comprensión y como señala Dueñas, la Corte Suprema se dio el lujo de rechazar la competencia para conocer de demandas contra de normas decisivas, como la Ley 14 de 1914, aprobatoria del Tratado entre Colombia y Estados Unidos sobre el Canal de Panamá; la Ley 55 de 1925, aprobatoria del Tratado de Límites con Perú; o la Ley 56 de 1921, modificatoria de la Ley 14 de 1914. En todos los casos “se sentó la tesis de que dichas leyes son especialísimas, con características diferentes a las demás, que tienen como esencia ser el producto de un acuerdo sinalagmático; y, por consiguiente, no era lógico ni conveniente que fueran objeto de la acción”.⁵ Adicionalmente, se sostuvo que la suscripción del acuerdo y la expedición de la ley eran atribuciones exclusivas del presidente y del Congreso, respectivamente, y que la Corte no podía pronunciarse, pues afectaría la división de poderes. Esa barbaridad puede ser ilustrada mediante la sentencia del 3 de noviembre de 1983, proferida por la Corte Suprema con ponencia de Luis Carlos SÁCHICA, en la que se sostuvo:

Las leyes aprobatorias de los tratados públicos forman parte de los tratados que aprueban, y por consiguiente, juzgarlas implica también un juicio sobre esos tratados, lo cual no es posible en razón de que el estatuto constitucional no ha dado tal atribución a la Corte Suprema de Justicia ni a otro tribunal nacional [...].

Un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, equivaldría a interferir la Corte en la formación de los tratados, competencia que no le ha sido asignada, toda vez que la dirección de las relaciones internacionales, es de resorte exclusivo del presidente de la república, condicionada únicamente a la ratificación de los tratados por parte

⁵ Óscar Dueñas: *Control constitucional*, Bogotá: Librería del Profesional, 1997, p. 230.

del Congreso, y conduciría a la violación por la misma Corte, de la integridad del estatuto, al intervenir en asuntos que la Constitución le ha asignado a otros poderes.⁶

Esta tesis de la incompetencia y la inhibición sería también aplicada respecto de la solicitud de control sobre otras normas muy importantes, como los decretos que declaraban el estado de sitio y los actos reformativos de la Constitución.

2.2. Segundo período (1985-1986). Control de los tratados y sus leyes aprobatorias de acuerdo con la tesis de la competencia intermedia o temporal

Finalmente y durante la última etapa de la Corte Suprema de Justicia en vigencia de la Constitución de 1886, fue establecido un tibio control de constitucionalidad sobre los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, con ocasión de las demandas propuestas en contra de la Ley 27 de 1980, *Por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, firmado en Washington el 14 de septiembre de 1979.*

El cambio de postura de la Corte Suprema y el consecuente establecimiento del control tuvo lugar en dos pasos: inicialmente, se planteó la competencia temporal de la Corte Suprema para ejercer el control sobre los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, siempre y cuando el tratado no hubiere sido perfeccionado mediante el acto de la ratificación; y posteriormente, la afirmación de la competencia intemporal y absoluta de la Corte Suprema para ejercer el control, solo por vicios de forma.

La tesis de la competencia temporal de la Corte para ejercer control sobre los tratados públicos y sus leyes aprobatorias fue planteada, en un principio, en aclaraciones de voto del magistrado Manuel Gaona Cruz, pasando luego a ser la postura mayoritaria. De acuerdo con esta, las acciones de inconstitucionalidad contra las leyes aprobatorias del tratado eran procedentes, siempre y cuando se propusieran antes del perfeccionamiento del tratado, es decir, antes de su ratificación, pues durante dicho lapso, la normatividad estaba sometida al derecho nacional, al derecho interno, mientras que una vez acontecida la

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena: sentencia del 3 de noviembre de 1983, M. P. Luis Carlos SÁCHICA Aponte, Gaceta Judicial, t. 175, parte segunda, n° 2413, pp. 648-667.

ratificación del instrumento, este pasaba a pertenecerle de nuevo al derecho internacional, quedando excluida de esta manera toda forma de control interno. La tesis fue dispuesta en la sentencia de la Corte Suprema del 6 de junio de 1985, con ponencia del magistrado Carlos Medellín, en la que recogiendo los argumentos integrales, la aclaración de voto del magistrado Gaona señaló:

Si bien, en efecto, las leyes aprobatorias de tratados internacionales presentan diferencias con las leyes comunes, no por ello constituyen excepción a la regla del artículo 214 de la Carta, que otorga competencia a la Corte para ejercer el control de constitucionalidad sobre “todas las leyes”

[...]

[...] el juzgamiento de estas leyes implica el del tratado mismo que aprueban, no en su carácter de convenio internacional –naturaleza que aún no ostentan, sino como proyecto de tratado, o acto de derecho interno, que permanece en el ámbito del derecho público nacional mientras no agote su proceso de perfeccionamiento, así mismo modificable unilateralmente, de manera directa o indirecta, o por consecuencia del fallo judicial.⁷

2.3. Tercer período (1986-1991). Control de tratados y leyes aprobatorias de conformidad con la tesis de la competencia intemporal de la Corte Suprema por vicios de forma

Establecida la tesis de la competencia temporal de la Corte para el control de los tratados públicos, la Corporación dio un paso más y mediante sentencia del 12 de diciembre de 1986, con ponencia del magistrado Jairo Duque Pérez, declaró la inexecutable de la Ley 27 de 1980, que establecía el tratado de extradición suscrito entre Colombia y Estados Unidos, por haberse incurrido en un vicio de procedimiento en su formación, que consistió en un defecto orgánico, patente en el hecho de que la sanción de la ley aprobatoria del tratado público había sido hecha por el ministro delegatario con funciones presidenciales, y no por el propio presidente de la República, único titular de

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena: Aclaración de voto del magistrado Manuel Gaona Cruz a la sentencia de junio 6 de 1985, M. P. Carlos Medellín, en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XIV, n° 168, diciembre de 1985, pp. 1064-1090.

una competencia intransferible, la de ser jefe de Estado, que había sido irregularmente traspasada al ministro. En lo que tuvo que ver con la ausencia de límite temporal para el ejercicio del control, la Corte sostuvo:

El divorcio o separación que se predica de la ley con respecto al tratado para efectos de su impugnación por vicios formales, a diferencia del ataque que se haga sustancialmente, no tiene límite en el tiempo, no subsiste hasta que el tratado sea canjeado; por el contrario, el vicio constitucional que afecta a la ley es verificable por la Corte en cualquier momento, y de él no se purga o se redime por el hecho de entrar en vigencia, pues esta vigencia es precaria por la irregularidad de que adolece.⁸

En ese estado de cosas entró en vigencia la Constitución de 1991, que en el numeral 10 del artículo 241 establece la competencia de la Corte Constitucional para ejercer control automático sobre los tratados públicos y las leyes que los aprueban.

3. El control de los tratados públicos y sus leyes aprobatorias en la Constitución de 1991

Para decirlo desde ya, la Constitución de 1991 establece la competencia de la Corte Constitucional para efectuar el control sobre los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, de acuerdo con dos modalidades:

- i. Control previo, automático, integral y definitivo de los tratados suscritos por el presidente y aprobados por el Congreso, de conformidad con la competencia fijada en el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución, según el cual, la Corte debe “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben...”.
- ii. Control por vía activa, en virtud del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad en contra de leyes aprobatorias de tratados públicos, con base en la competencia prevista en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución, que le permite a la Corte “decidir

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena: Sentencia del 12 de diciembre de 1986, M. P. Jairo Duque Pérez, en *Gaceta Judicial*, t. 187, n° 2426, pp. 581-604.

sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

La aplicación del control sobre los tratados públicos en vigencia de la Constitución de 1991 ha tenido dentro de su historia efectual, momentos cimeros, que constituyen el balance de la jurisprudencia en vigor. A continuación se hace referencia a tres momentos jurisprudenciales decisivos alrededor de dicho control.

3.1. La sentencia C-027 de 1993, que declaró la inexequibilidad parcial del concordato celebrado con la Iglesia católica

Esta sentencia es muy importante en la historia constitucional colombiana, pues constituye la primera afirmación seria del proyecto de Estado constitucional laico en Colombia. La cuestión es que la Constitución de 1886 era clerical y por lo mismo fue dispuesta para la articulación de un Estado confesional, edificado alrededor de la Iglesia católica. En este sentido, desde el 13 de diciembre de 1887, los presidentes colombianos se dedicaron a suscribir toda suerte de acuerdos internacionales con la “Santa Sede”, en virtud de los cuales le entregaron a la Iglesia católica el dominio de aspectos neurálgicos de la vida pública, como son el derecho de familia, el manejo de los indígenas y sus territorios, el registro civil de las personas, la educación pública, la salud pública, el régimen fiscal y otros de similar valor y nivel.

La norma vigente era la Ley 20 del 18 de diciembre de 1974, *Por la cual se aprueba “el Concordato y el Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede” suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973*, el que fue ratificado el 2 de julio de 1975. Dicha ley fue revisada por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 12 de febrero de 1987, que declaró su constitucionalidad por no contener vicios en su formación, declarándose inhibida para decidir de fondo, por falta de competencia.

Ocurrió sin embargo tras la expedición de la Carta de 1991, que numerosos ciudadanos demandaron la constitucionalidad tanto de la Ley 20 de 1974 como del tratado. La Corte finalmente declaró la inexequibilidad parcial de la ley. No obstante, fijó reglas y criterios vigentes alrededor del ejercicio del control sobre tratados públicos. Así, la Corte afirmó su competencia para ejercer control sobre un tratado público perfeccionado en vigencia de

la Constitución de 1886, que adicionalmente había sido objeto de decisión por la Corte Suprema de Justicia. Al respecto señaló que el pronunciamiento anterior de la Corte Suprema “no inhibe a la Corte Constitucional de efectuar el condigno examen material frente a la Constitución de 1991 y no se produciría cosa juzgada alguna, pues, por tratarse de un ordenamiento nuevo superior, puede contener normas a las cuales no se avenga dicha ley, como en efecto sucede, y se explicará más adelante. *Se presenta entonces el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente*”⁹ (énfasis añadido).

En lo que tuvo que ver con el control de los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, fijado en la naciente Carta de 1991, la Corte Constitucional afirmó la tesis aún vigente de la fundamentación múltiple de dicho control,¹⁰ a la vez que establecía sus dos modalidades vigentes: el control previo, automático, integral y definitivo por la Corte Constitucional y el control por demanda ciudadana.

Finalmente y en relación con los contenidos del Concordato, la Corte afirmó que se estaba frente a una norma *sui generis*, adicionalmente edificada sobre la materia de normas *ius cogens*, lo que provocaba una colisión entre las normas internas, las normas internacionales y las normas *ius cogens*, en particular respecto de asuntos como familia, matrimonio, enseñanza, indígenas, educación, todos ellos vertidas en un texto “de contenido espiritual”, en una norma *sui generis* de derecho internacional, lo que condujo a la Corte a la tesis central, según la cual, las normas vertidas en la Ley 20 de 1974, aunque perfeccionada antes de 1991, “ofrecen la especial connotación de referirse al *ius cogens* del derecho internacional que ampara los Derechos Humanos y que los coloca en la cima de la jerarquía normativa internacional. Por esta razón [...] los actos acusados han de ser examinados a la luz de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos con el fin de verificar si se ajustan o no a ellos”,¹¹ lo que contribuyó a las declaratorias de inexecutable parcial.

⁹ Sentencia C-027 de 1993, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez, consideración jurídica B.

¹⁰ Sentencia C-027 de 1993, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez, consideración jurídica A, sección II.

¹¹ Sentencia C-027 de 1993, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez, consideración jurídica A, sección IX.

3.2. La sentencia C-400 de 1998, que efectuó el control respecto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986

Este es el fallo más importante proferido en Colombia alrededor del control de los tratados públicos. Por medio de este, la Corte revisó la constitucionalidad de la Ley 406 de 1997, *Por medio de la cual se aprueba la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”, hecha en Viena el 21 de marzo de 1986*, también conocida como “Viena II”, para diferenciarla de “Viena I”, que es la “*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados*” de 1969.

Se trata de un fallo de carácter analítico y propositivo, construido alrededor del análisis material de esa convención, en el que la Corte fijó reglas vigentes en materia de interpretación y control de los tratados públicos en Colombia. Las dos convenciones de Viena son decisivas, pues consisten en una codificación de prácticas consuetudinarias de derecho internacional, ahora positivizadas hasta ser hoy el tratado marco de todos los demás tratados.

Un asunto central en el fallo es el referido a la tensión que pudiera existir entre el artículo 4º de la Constitución, que establece el principio de supremacía constitucional, y el artículo 27 de la Convención de Viena, según el cual, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En concreto, el punto es si ese artículo 27 viola la Constitución al poner por encima de la Carta Política a los tratados internacionales. La Corte, con gran sentido, tomó distancia de las tesis clásicas dualistas y monistas rígidas. En su lugar optó por un monismo moderado y la asunción de doctrinas coordinadoras o de la integración dinámica entre el derecho internacional y el derecho interno en el constitucionalismo colombiano.¹²

El fallo aborda una segunda colisión: la existente entre el artículo 4º de la Constitución que prevé la supremacía constitucional, el artículo 93 que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y el principio *Pacta Sunt Servanda*. La Corte explicitó la regla de la prevalencia de algunos tratados, se sugiere, aun sobre la Constitución, al afirmar que: “Por ende, en virtud del principio hermenéutico del efecto útil, según el cual, se debe preferir aquella interpretación que confiere eficacia normativa a todas las cláusulas de un texto normativo, es menester concluir

¹² Sentencia C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideraciones jurídicas nº 44 y ss.

que el artículo 93 superior debe tener algún alcance específico, y éste no puede ser sino el siguiente: esta disposición constitucional confiere una prevalencia en el orden interno a ciertos tratados de derechos humanos, prevalencia que, *contrario sensu*, no se predica de todos los tratados”.¹³ Si bien la Corte históricamente ha utilizado como mecanismo de armonización el bloque de constitucionalidad, que le ha permitido negar la supraconstitucionalidad en Colombia, la solución ofrece algunos elementos problemáticos, por la existencia de las normas *ius cogens* (admitidas y trabajadas en la consideración jurídica n° 71 del fallo) y por el perverso uso estratégico que le viene siendo dado al bloque de constitucionalidad, que opera como “criterio relevante en el examen de constitucionalidad” según convenga o no, lo que afecta la vigencia y el carácter imperativo de la norma internacional.

Finalmente, este fallo también es relevante en la medida en que estableció la regla de la invalidez de los tratados públicos que no hubieren sido sometidos al trámite de la ley aprobatoria y del control por la Corte Constitucional, descalificando de esta manera los usos irregulares de los acuerdos simplificados, así como por haber efectuado el cambio de jurisprudencia que permitió de nuevo el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad en contra de los tratados y sus leyes aprobatorias.

3.3. El auto 288 de 2010. El control sobre acuerdos simplificados.

El caso de las bases militares de Estados Unidos en Colombia

Si bien se trata de un auto de Sala Plena y no de un fallo, esta providencia es decisiva por varias razones: en primer lugar, por hacer un balance jurisprudencial del control de los tratados públicos y las leyes aprobatorias en Colombia; en segundo lugar, por reiterar, redefinir y precisar las reglas vigentes acerca del control constitucional de los acuerdos simplificados, que era un punto confuso en el sistema colombiano; y finalmente, porque el ejercicio del control impidió otra de las arbitrariedades de Álvaro Uribe Vélez, esta vez encaminada a la instalación de siete bases militares de Estados Unidos en Colombia, bajo un régimen también arbitrario de beneficios, privilegios e inmunidades, por medio de un simple acuerdo simplificado.

El auto tuvo origen en la demanda de inconstitucionalidad que propusieron varios ciudadanos en contra del *Acuerdo complementario para la cooperación*

¹³ Sentencia C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica n° 41.

y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América, suscrito en Bogotá por Álvaro Uribe el 30 de octubre de 2009, bajo el ropaje o apariencia de un acuerdo simplificado. De conformidad con el texto y dentro del marco del *Acuerdo de Asistencia Militar entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América*, suscrito en Bogotá el 17 de abril de 1952 y en el de muchos otros instrumentos internacionales que allí se mencionan, Álvaro Uribe convenía entre otras muchas obligaciones: permitir la instalación de siete bases militares norteamericanas en suelo colombiano; el uso y acceso de los norteamericanos a las demás instalaciones militares colombianas existentes; el ingreso, protección y mantenimiento de “contratistas” de Estados Unidos (debe precisarse que el de “contratistas” es el nombre que se da en la actualidad a los soldados mercenarios); el libre ingreso y salida de aeronaves, buques, soldados y “contratistas” norteamericanos al país; la exención en el pago de derechos o tarifas de navegación, aterrizaje, parqueo, fondeo, etc.; el privilegio de no ser sometidas a abordaje o inspección por parte de autoridades colombianas; el otorgamiento de un estatus especial a todos esos sujetos, de conformidad con el cual serían titulares de “los privilegios, exenciones, e inmunidades otorgadas al personal administrativo y técnico de una misión diplomática, bajo la Convención de Viena”, incluyendo el “estatus de inmunidad” y muchas otras de similar laya.

Para resolver el problema de fondo, es decir, para establecer si el “acuerdo complementario” suscrito por Álvaro Uribe con Estados Unidos era o no constitucional, la Corte tuvo necesidad de hacer dos reconstrucciones: en primer lugar, precisó la noción de “acuerdo simplificado” desde la doctrina, normas de derecho internacional y su propia jurisprudencia. En segundo término, reconstruyó la jurisprudencia acerca de su competencia para el control de los tratados, lo que le permitió pronunciarse de fondo.

La Corte, citando a Díez de Velasco, tomó como punto de partida la distinción existente entre los acuerdos solemnes y los acuerdos simplificados, afirmando que “La diferencia entre tratados solemnes y acuerdos simplificados radica esencialmente en la forma como se perfecciona el convenio y expresa el consentimiento, pues mientras en los tratados solemnes su ‘perfeccionamiento exige un acto de ratificación autorizada por el Parlamento, la intervención en su proceso formativo del Jefe de Estado como órgano supremo de las relaciones internacionales, y el intercambio o depósito de los instrumentos de ratificación’, los acuerdos de forma simplificada ‘obligan en virtud de un

acto distinto a la ratificación, manifestándose mediante la autenticación del texto del acuerdo o por un acto posterior a la autenticación, distinto de la ratificación, como la aprobación, la notificación, la aceptación o la adhesión”.¹⁴ Desde allí precisó que los acuerdos simplificados no son propiamente tratados internacionales, sino instrumentos internacionales que desarrollan de forma directa un tratado ya existente, pero que “no pueden ser utilizados como instrumentos para crear o modificar las obligaciones internacionales del Estado colombiano, de modo que *por medio de ellos no es posible exceder, ampliar o superar el alcance de las obligaciones adquiridas previamente* mediante un tratado celebrado de forma solemne”¹⁵ (énfasis añadido); y concluyó que el “acuerdo complementario” de Uribe establecía para Colombia obligaciones internacionales nuevas, que deberían ir en un tratado solemne y no en uno simplificado.

Ahora bien, en lo que tenía que ver con la competencia para pronunciarse de fondo en el caso concreto, la Corte enfrentó varios problemas: de un lado, tenía un acuerdo simplificado que realmente no lo era, pues contenía obligaciones que debían estar contenidas en un tratado solemne. De otro lado, el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución le permite a la Corte decidir sobre la constitucionalidad “de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben”, pero aquí ni había tratado ni ley aprobatoria. La Corte constató sin embargo que en el caso de ese “acuerdo complementario” no había ley ni tratado, pues la voluntad del Estado se encontraba tan solo en proceso de gestación, y concluyó que “la falta de ley aprobatoria de un acto que formalmente es un acuerdo simplificado pero que por su contenido comprende asuntos propios de un tratado solemne, impide a la Corte adelantar el examen de fondo del instrumento, aun cuando no la priva de la competencia para declarar dicho acto como ineficaz en el ordenamiento jurídico interno, precisamente por no haberse sometido aún a las exigencias que la Constitución demanda”.¹⁶ Desde las anteriores consideraciones la Corte dispuso en los puntos resolutivos:

Segundo—DECLARAR que el denominado “Acuerdo complementario para la Cooperación y Asistencia Técnica en Defensa y Seguridad

¹⁴ Auto 288 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideración jurídica n° 3.2.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

entre los Gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América”, suscrito en Bogotá el 30 de octubre de 2009, no puede surtir efectos en el ordenamiento interno colombiano hasta tanto cumpla con el trámite constitucional previsto para los tratados en forma solemne, de conformidad con lo establecido en los artículos 150.16, 154, 157, 158, 160, 165, 224 y 241 numeral 10 de la Carta Política.

4. El control sobre los tratados públicos y las leyes que los aprueban. Las dos vías de ese control

La Constitución de 1991 estableció un control técnico, riguroso e integral, estableciendo que la revisión no se limitara a la forma y el trámite del tratado, sino que también se examinara su fondo. Dicho control opera por dos vías:

- i. Control previo, automático, integral y definitivo de los tratados suscritos por el presidente y aprobados por el Congreso, de conformidad con lo previsto en el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución.
- ii. Control por vía activa, en virtud del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad en contra de leyes aprobatorias de tratados públicos, con base en lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución.

Alrededor de la pregunta acerca de cuál es el fundamento del control constitucional judicial de los tratados bajo la Constitución de 1991, la Corte Constitucional históricamente ha sostenido la tesis de la *fundamentación múltiple* del control sobre los tratados, que permite la procedencia tanto del control previo y automático como del control por demanda ciudadana. De esta manera y desde el plano puramente normativo, el fundamento básico del control de los tratados se encuentra en el artículo 4º de la Constitución, que establece el principio de supremacía constitucional; en el artículo 9º del mismo estatuto, que establece la vigencia y aplicación de “los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”, entre los que destaca el *pacta sunt servanda*, expresamente previsto en el artículo 26 de la Convención de Viena; el ya referido artículo 241 de la Carta, que establece las competencias de la Corte Constitucional, principalmente las dispuestas en los numerales 4º y 10; el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su

derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”; y el artículo 46 de esa Convención, que prevé el caso del consentimiento otorgado por un Estado alrededor de un tratado, con manifiesta violación de la cláusula de competencia del derecho interno.

4.1. El control constitucional previo y automático sobre los tratados. Características de este control

Esta es la forma de control dominante establecida en el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución, y en virtud de esta la Corte Constitucional debe:

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no será ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Un asunto importante alrededor de este control, relacionado con el momento en que acontece, es que cumple una función preventiva. De esta manera, se trata de un control previo, es decir, que la Corte realiza su trabajo antes de la ratificación del tratado; y de un control posterior a la ley aprobatoria por el Congreso, pues sucede después de la sanción presidencial. La Corporación ha puesto de relieve este rasgo al señalar que “Este control tiene también una función preventiva, pues su finalidad es garantizar tanto la supremacía de la Constitución como el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano. De ahí que sea automático y general, puesto que se predica de todos los tratados aprobados por el Congreso sin necesidad de demanda ciudadana”.¹⁷

Es necesario insistir en que el control que ejerce la Corte es tanto de forma como de fondo. En virtud del control *formal*, el Tribunal Constitucional debe

¹⁷ Sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica nº 1.1.

verificar la integridad del trámite a lo largo de tres momentos estructurales: el de la negociación y firma del tratado (que comprende elementos como la competencia de quienes lo hagan, así como la validez de su representación); el de formación de la ley aprobatoria en el Congreso, que implica la observancia de los pasos previstos en la Constitución y en la Ley 5ª de 1992; y el de la sanción de la ley por parte del presidente.

El examen *material* o de fondo consiste en confrontar con la Constitución, las disposiciones contenidas tanto en el texto del tratado como en el de la ley que lo aprobó, con independencia de las razones políticas o de conveniencia que dieron lugar al tratado. Como bien señala el numeral 10 del artículo 241, si alguna de las disposiciones contenidas en el tratado es declarada inexecutable, el presidente solamente podrá ratificarlo suscribiendo la *reserva* de la normas, declarada inexecutable por la Corte. En derecho internacional la reserva es entendida como “un acto o declaración unilateral formulado al momento de la firma, ratificación, adhesión o aceptación y que tiene por objeto restringir o limitar el alcance de una determinada disposición”¹⁸ y debe precisarse que algunos tratados prohíben cualquier tipo de reservas o las restringen a ciertas disposiciones o materias. Además de las reservas, los Estados pueden hacer declaraciones interpretativas sobre el tratado o algunas de sus cláusulas. Un ejemplo concreto de formulación de reservas y declaraciones interpretativas es el acontecido respecto de la Ley 406 de 1997, aprobatoria de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, cuyas reservas y declaraciones interpretativas se incluyen en la sentencia C-400 de 1998. Como características del control sobre los tratados debe mencionarse que este es previo, integral, automático y definitivo.

- Es un control previo. Como se dijo con anterioridad, un tratado público es un acto jurídico complejo de derecho internacional, conformado por diversas etapas, entre ellas las de negociación, suscripción, ley aprobatoria, sanción, revisión por la Corte Constitucional y ratificación. En esta perspectiva, la actuación de la Corte se determina en relación con el momento en el que se perfecciona el tratado y no su ley aprobatoria. Por lo mismo, la actuación de la Corte acontece durante el trámite del tratado, es decir, antes del acto de ratificación, lo que confirma el carácter preventivo de este control constitucional.

¹⁸ Enrique Gaviria: *Derecho internacional público*, Bogotá: Temis, 1998, p. 294.

- Es un control integral. Este rasgo ya fue descrito y se refiere a que la Corte tiene competencia para examinar la forma, el trámite del tratado en los momentos de negociación, suscripción, trámite de la ley aprobatoria y sanción presidencial de esta; y el fondo del tratado, lo que implica la confrontación de sus cláusulas con la Constitución Política.
- En un control automático. En virtud de esta característica, los tratados públicos y sus leyes aprobatorias no requieren, en principio, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad para que acontezca el control (como se verá en la siguiente sección, hay algunos casos en los que sí procede la acción pública en contra de tratados). De esta manera, la competencia de la Corte nace con el hecho mismo de la sanción de la ley aprobatoria, o con el curso de los seis días posteriores a esta.
- En un control definitivo. Esto quiere decir que la sentencia que profiera la Corte en ejercicio del control hace tránsito a cosa juzgada constitucional y, por lo mismo, ni el tratado ni la ley aprobatoria pueden ser posteriormente demandados ante la Corte.

4.2. Control por vía activa. El ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad

Además del control previo y automático, los tratados públicos y sus leyes aprobatorias pueden ser objeto de demanda ciudadana en algunos casos, con fundamento en la competencia establecida en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución que faculta a la Corte para:

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

La procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad en contra de los tratados ha sido materia disputada. En principio, el control que acontece sobre los tratados es el control previo y automático. No obstante, la integridad del Estado constitucional democrático, la vigencia del principio de supremacía de la Constitución y la imposibilidad de que en el Estado social de derecho puedan existir actos jurídicos que eludan el control o no sean sometidos a este, ha impuesto la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en contra de tratados

públicos y leyes aprobatorias en tres casos específicos. El establecimiento del control por demanda ciudadana ha atravesado tres etapas:¹⁹

- i. Primera etapa: procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad. La tesis de la procedencia de la acción fue establecida por primera vez en la sentencia C-477 de 1992,²⁰ en la cual la Corte declaró su competencia para conocer demandas de inconstitucionalidad en contra de tratados públicos que no contaban con ley aprobatoria, en virtud de la aplicación del artículo 58 transitorio de la Constitución Política, que autorizaba al presidente a poner en vigencia algunos tratados, sin haber sido tramitados por el Congreso. La tesis de la procedencia de la acción fue luego ratificada en la sentencia C-027 de 1993 sobre Concordato, con el argumento de la inconstitucionalidad sobreviniente por el cambio de texto constitucional.
- ii. Segunda etapa: improcedencia de la acción pública acerca de tratados ratificados, pero advertencia en relación con los acuerdos simplificados. La sentencia C-276 de 1993²¹ modificó la regla anterior y al revisar la Ley 33 de 1992 en control automático, declaró su exequibilidad por razones de forma, pero se inhibió de pronunciarse de fondo, limitando su competencia respecto de tratados en los que Colombia hubiese prestado su consentimiento internacional. No obstante, advirtió en providencias posteriores, el establecimiento de una situación “irregular y preocupante, que atenta contra el orden interno y la seguridad jurídica”, materializada en los usos que hacían los presidentes de los acuerdos simplificados y similares, para evadir el control constitucional y establecer nuevas obligaciones internacionales, al margen del control político del Congreso y del control jurídico de la Corte Constitucional, como ocurre principalmente con los acuerdos de asistencia militar con Estados Unidos.
- iii. Tercera etapa: regla vigente. Rectificación de jurisprudencia y procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad. La corrección fue hecha por medio de la sentencia C-400 de 1998, donde se reconoció expresamente la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en

¹⁹ Auto 288 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideración jurídica n° 2.

²⁰ Sentencia C-477 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández.

²¹ Sentencia C-276 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

contra de tratados públicos perfeccionados antes de la Constitución de 1991. La Corporación señaló a este respecto: “55. El análisis histórico y literal sugiere que el control previo de los nuevos tratados que serían suscritos por Colombia no excluye sino que es complementario de la posibilidad de que los ciudadanos demanden las leyes aprobatorias de un tratado ya perfeccionado, siempre y cuando sobre esa norma no exista cosa juzgada constitucional”.²²

De esta manera y como regla vigente, también procede el control sobre los tratados públicos mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, en tres eventos:

1. Contra las leyes aprobatorias de tratados celebrados y ratificados antes de la Constitución de 1991. Esta es la tesis establecida en la sentencia sobre el concordato (C-027 de 1993), posteriormente reasumida en la sentencia que revisó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales de 1986 (C-400 de 1998).
2. Contra las leyes aprobatorias de tratados que por alguna razón no se han sometido al control previo y definitivo de constitucionalidad. Como ejemplo la Corte dio el caso de aquellos eventos en los que no es enviada la ley aprobatoria del tratado a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes a la sanción presidencial. La Corte citó como precedentes las sentencias C-059 de 1994, C-864 de 2006 y C-036 de 2008.
3. Contra los acuerdos simplificados y documentos similares, cualquiera que sea su denominación. Específicamente, la Corte dijo que procedía la acción pública “Contra los actos que regulan relaciones internacionales que por su contenido son propias de un tratado, cuando han sido perfeccionados sin el cumplimiento de los requisitos que la Constitución exige o que riñen abiertamente con ella”.²³

²² Sentencia C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica n° 55.

²³ Auto 288 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, consideración jurídica n° 3.2.

Capítulo X

El control concreto. La excepción de inconstitucionalidad y la acción de tutela

El control concreto es el más importante de todos los controles constitucionales, en la medida en que es el control que se encuentra realmente cerca de la gente, de las personas, y es el que realmente la efectiva realización de la Constitución como norma jurídica y el proyecto real del Estado constitucional democrático.

La Corte Constitucional en la sentencia T-203 de 2002, al clasificar el control constitucional judicial en Colombia, diferenció entre cuatro clases de controles, a saber:¹ control abstracto, control concreto, control por vía excepcional y control sobre los mecanismos de participación ciudadana. Esta sección acoge la categoría del control concreto, el control constitucional que deben ejercer todos los jueces al conocer y fallar las acciones de tutela; el control constitucional que deben ejercer todos los jueces al conocer y decidir las excepciones de inconstitucionalidad; y el control que ejerce la Corte Constitucional sobre los fallos de tutela proferidos por los jueces que integran la jurisdicción constitucional, que son todos.

Si bien el numeral 9º del artículo 241 de la Carta establece como función específica de la Corte Constitucional, la de “Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”, el control concreto se despliega propiamente como un control difuso, ya que es ejercido por la totalidad de los jueces de la República. A esta clase de control se lo denomina “concreto” en atención a que no hay análisis abstracto o normativo de constitucionalidad, sino que son evaluados hechos y personas respecto de la Constitución y, más precisamente, respecto de los derechos fundamentales.

¹ Sentencia T-203 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica nº 4.1.

Esta clase de control es una consecuencia del sistema mixto adoptado en Colombia, que en el caso del artículo 241 de la Carta le asigna a la Corte Constitucional “competencia exclusiva y excluyente para ejercer el control abstracto de constitucionalidad de los actos reformatorios de la Constitución y de las leyes en sentido formal y material –entre otras competencias–, y para ejercer un control concreto mediante la revisión eventual de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales y de los directamente conexos con ellos”.²

A continuación se examinan las modalidades del control concreto de constitucionalidad: el control por la vía de la excepción de inconstitucionalidad (i) y el control por medio de la acción de tutela (ii) y de la revisión que la Corte Constitucional efectúa de los fallos de tutela (iii).

1. Control concreto por la vía de la excepción de inconstitucionalidad

Ejercer el control concreto por excepción de inconstitucionalidad es deber de todos los servidores públicos en Colombia, y fue establecido en el artículo 4º de la Carta Política, que establece el principio de supremacía de la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 4. La Constitución es norma de normas. *En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.* (Énfasis añadido)

La segunda parte del enunciado contenido en el inciso 1º del artículo 4º de la Constitución, establece la llamada *excepción de inconstitucionalidad*. La Corte la definió como “una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”.³

² Auto 010 del 17 de febrero de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica nº 2.1.4.

³ Sentencia T-389 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica nº 25.

Se configura cuando a la solución de un caso concreto concurren dos soluciones divergentes, una ofrecida por la ley y otra ofrecida por la Constitución, debiendo entonces el funcionario *inaplicar* la ley, para aplicar directamente la Constitución. Obsérvese que la norma no es declarada inexecutable, sino que simplemente no se aplica, por resultar inconstitucional *en el caso concreto*. Como tal, la excepción de inconstitucionalidad es una manera de ejercer control concreto de constitucionalidad. Si se tiene en cuenta que el sistema de control constitucional acogido en Colombia es mixto, en el sentido de que comparte características de los sistemas concentrados (es decir, de aquellos en los que el control de constitucionalidad es ejercido por un único órgano, para el caso colombiano, la Corte Constitucional) y de los sistemas difusos de control (es decir, de aquellos en los que el control puede ser ejercido por cualquier órgano de la jurisdicción, como acontece con el caso de las acciones de tutela), entonces la excepción de inconstitucionalidad es una de las modalidades del control difuso de constitucionalidad.

Ejemplos concretos de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad son los contenidos, entre otros, en el auto 071 del 27 de febrero de 2001, por el cual, la Corte dispuso la inaplicación del decreto reglamentario 1382 de 2000, que fijaba competencias para acción de tutela, ordenando aplicar directamente el artículo 86 de la Constitución;⁴ o el caso contenido en la sentencia T-1290 de 2000, en la que la Corte dispuso el amparo del derecho fundamental a la educación de unos menores residentes en el departamento del Huila, que habían visto vulnerado su derecho, en la medida en que una norma reglamentaria, el artículo 16 del Decreto 3011 de 1997, expedido por el Ministerio de Educación, les impedía asistir a la escuela nocturna, siendo que por circunstancias personales y familiares se veían obligados a trabajar en las horas del día. En este sentido, la Corte, haciendo uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, dispuso en el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia, “**INAPLICAR**, por ser incompatible con la Constitución, el artículo 16 del Decreto 3011 de 1997, en cuanto que exige que los estudiantes de jornadas nocturnas demuestren haber estado por fuera del servicio público educativo por dos (2) años o más” (énfasis en el original).⁵ Obsérvese que la Corte no expulsa la norma del sistema, sino que simplemente la inaplica para el caso de los menores estudiantes. Por lo demás, la norma sigue vigente.

⁴ Corte Constitucional, auto 071 del 27 de febrero de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Sentencia T-1290 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, puntos resolutive.

Este control es antiguo en el sistema colombiano, habiendo sido dispuesto en el artículo 215 de la Constitución de 1886, que contuvo el artículo 4º del acto legislativo n° 3 de 1910. No obstante, esa antigüedad contrasta fuertemente con su falta de aplicación, pues en la práctica los jueces no ejercitan la figura, debido al temor cierto o infundado de ser acusados por prevaricato. La norma dispuesta en la Constitución anterior establecía que:

En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Un caso interesante de excepción de inconstitucionalidad es el contenido en la sentencia T-1033 de 2008,⁶ a propósito de la violación de los derechos a la personalidad jurídica y libre desarrollo de la personalidad que hiciera la Registraduría Nacional del Estado Civil, de un transexual a quien le había sido negado el derecho a un segundo cambio de nombre.

Los hechos refieren la situación de una persona de sexo masculino que inicialmente había tramitado y obtenido el cambio de nombre, por otro de sexo femenino, ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, por experimentar inconformidad con el sexo asignado al nacimiento. Ocurrió, sin embargo, según palabras del propio accionante, que con su nueva identidad de género “se vio abocado a una vida de prostitución y degradación personal que lo hizo reflexionar sobre su futuro al punto de decidir dejar atrás la vida que llevaba para procurar la conformación de una familia y la obtención de un trabajo digno”. Desde de esta perspectiva y en virtud de los cambios que introdujera en su plan de vida, le solicitó a la Registraduría Nacional del Estado Civil un segundo cambio de nombre, que le permitiera restituir el masculino original, solicitud esta que le fue negada con base en lo dispuesto en el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970 según el cual, “El propio inscrito podrá disponer, *por una sola vez*, mediante escritura pública, la modificación del registro, para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad personal” (énfasis añadido).

En virtud de la negativa, el afectado interpuso una acción de tutela que fue tramitada pos la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

⁶ Este caso también es referido en Manuel Quinche y Rocío Peña: *El derecho judicial de la población LGTBI y la familia diversa*, Bogotá: Legis, Universidad del Rosario, Colección Precedente, 2013.

Cali, que el 9 de noviembre de 2007 negó el amparo, por considerar que no se había violado ningún derecho fundamental, y que el Decreto 1260 de 1970 establecía la posibilidad del cambio de nombre por una sola vez.

El caso fue seleccionado por la Corte Constitucional, la cual para resolver dio aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, considerando que si bien el artículo 94 del Decreto 1260 de 1970 establecía una limitación razonable, en el caso concreto del accionante implicaba la violación de sus derechos fundamentales a la personalidad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que le impedía cumplir su identidad de género, la que impropriadamente la Corte en el fallo confundió con la orientación sexual.⁷ De esta manera, se ampararon los derechos de identidad de género de un transexual.

Este precedente sería luego reiterado en la sentencia T-977 de 2012, en un caso relacionado con una persona transexual que se vio obligada a solicitar un segundo cambio de nombre a efectos de poder tramitar la libreta militar y así aspirar a un empleo.⁸

2. Control concreto por vía de la acción de tutela⁹

El más importante control concreto de constitucionalidad es el que tienen que ejercer todos los jueces de la República por medio de la acción de tutela. Esta es propiamente una acción de defensa de la Constitución y de protección de los derechos fundamentales previstos en la Carta Política, en los tratados públicos y en las sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es control concreto en cuanto materializa la defensa de la Constitución, a partir de los hechos de la vida, de lo que le pasa a las personas en su vida corriente, que está trazada por la violación de sus derechos fundamentales por parte de los jueces, los servidores públicos, el ejército, los bancos, los empresarios y muchos otros particulares.

La de tutela es la acción más importante del sistema colombiano y la de mayor influencia (cuando menos hasta el momento), pues luego de veintidós años de vigencia, ha propiciado sensibles modificaciones en Colombia, materializadas en lo que se ha designado como proceso de *constitucionalización del*

⁷ Sentencia T-1033 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica n° 5.

⁸ Sentencia T-977 de 2012, M. P. Alexey Julio Estrada.

⁹ Esta sección reproduce los elementos estructurales contenidos en Manuel Quinche: *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá: Temis, 2012, sección 2, capítulo IX.

derecho. Asuntos tales como el derecho de petición, el derecho a la salud, los derechos de las minorías étnicas y sexuales, la relación médico-paciente, o la arbitrariedad de los servidores públicos (empleados públicos, jueces, militares, etc.), por solo citar los escenarios más notorios, han resultado visibles, experimentando una saludable reconfiguración, aun en un sistema tan impositivo y formalista como el colombiano. En este sentido y apuntando a lo que ha sido el mayor logro, debe señalarse que la acción de tutela ha propiciado que el derecho constitucional se haya acercado a los ciudadanos, para ser, desde las prácticas concretas, derecho común, derecho de la gente.

Sin embargo, no ha logrado mayor desarrollo, debido a la resistencia de los jueces de todas las jurisdicciones, quienes pese a los esfuerzos del Tribunal Constitucional y a los avances del derecho contemporáneo, persisten en su actitud paleopositivista, en desmedro del sistema y de los derechos de la gente. En este sentido, se advierte una grande y desafortunada desconexión entre las reglas del Tribunal y las decisiones de los jueces de base.

La definición y el contenido de la acción están formulados en el artículo 86 de la Constitución, un extenso texto, según el cual se trata de una acción constitucional, de carácter judicial, establecida por la Carta de 1991, cuyo objetivo central es el de proteger de modo inmediato los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, siempre que no exista otro medio ordinario de defensa que resulte eficaz, salvo en el caso de configuración del perjuicio irremediable, evento en el cual podrá operar la acción como mecanismo transitorio. Debe precisarse que, en concreto, la protección judicial consiste en una orden, la cual es tan importante que de poco o nada sirve obtener el amparo judicial, si no se logra la emisión de una orden eficaz que permita materializar la protección obtenida.

2.1. Antecedentes y origen de la acción

En últimas, la acción de tutela establecida en la Constitución de 1991 no es más que el cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano hace bastantes años, al ponerse fin a una moratoria internacional sobre cumplimiento de los derechos, muy característica del sistema colombiano. Dos compromisos internacionales no habían sido honrados por Colombia, el primero de ellos dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en 1966, que en el artículo 2º establece:

Artículo 2. [...]

Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar que:

Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados pondrá interponer *un recurso efectivo*, aún cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales [...]. (Énfasis añadido)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, por su parte, comprometió a los Estados partes a adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos el del numeral 1º del artículo 25, sobre protección judicial, según el cual,

Artículo 25. Protección judicial.

1. Toda persona tiene derecho a *un recurso sencillo y rápido* o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, *que le ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales. (Énfasis añadido)

Esta acción también es denominada “acción de amparo”, compartida con los sistemas europeo y latinoamericano, destacándose el amparo español (art. 53.2 de la Constitución de 1978) y el recurso constitucional alemán (num. 4a, párr. 1º, art. 93 de la Constitución de 1949).

2.2. Características de la acción de tutela

Un documento del año 1992, emanado de la Presidencia de la República,¹⁰ precisa las principales características de la acción de tutela, en contraste con el grueso de las acciones de origen legal. Tales características relevantes son:

- a. La acción de tutela realiza el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Este derecho fue fijado en el artículo 229

¹⁰ Manuel José Cepeda: *Introducción a la Constitución de 1991*, Bogotá: Presidencia de la República, 1993, pp. 72-76.

de la Carta, y la acción de tutela es la vía directa a su realización, en la medida en que se puede accionar directamente, o por agencia oficiosa, sin la mediación del abogado, e incluso por medio de la Defensoría del Pueblo o de los personeros.

- b. Es una acción de lo concreto, de la realidad. Este es un rasgo decisivo. Con esta acción, como con ninguna otra, el país se ocupó de lo real: de la discriminación de las minorías (étnicas, sexuales, culturales), del maltrato de los menores, de la violencia educativa, del desgreño oficial en la respuesta de las peticiones, de la indefensión en salud, de los presos, de la persecución moral del embarazo adolescente, etc., con la introducción de buenas dosis de realidad en la atmósfera del formalismo.
- c. La presencia de un juez poderoso. A diferencia de los demás jueces, el juez constitucional, es decir, el juez de tutela, puede mediante órdenes, exhortos, llamados a prevención y otros mecanismos, desplegar una actividad directa en defensa de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, se ha ordenado el reintegro de estudiantes, inaplicar actos administrativos lesivos, disponer órdenes de libertad y otras medidas similares.
- d. La inversión de las reglas usuales de procedimiento. De esta manera y en virtud de los principios de celeridad, informalidad y eficacia, el legislador diseñó un procedimiento rápido, que evita la existencia de impedimentos, incidentes, nulidades y otro tipo de medidas procesales que históricamente han sido utilizadas para dilatar los procesos y mantener situaciones de violación de los derechos fundamentales.
- e. La informalidad. Esta es otra característica importante. El formalismo ha sido una constante en el sistema colombiano y en vez de servir al derecho de las personas, ha propiciado su sometimiento. La de tutela, como acción de garantía, busca limitar el formalismo y propiciar decisiones sustantivas que permitan hacer realidad la regla según la cual, “la finalidad de la norma procesal es ser medio para la efectiva realización del derecho material”.¹¹
- f. Hacer del derecho constitucional derecho común. El derecho en general y muy especialmente el derecho constitucional han sido dominados en Colombia por una minoría de usuarios, preferentemente

¹¹ Sentencia T-1306 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica n° 5.2.1.

políticos y administrativistas, quienes olvidan que “el derecho no es el objeto de propiedad de uno, sino que debe ser el objeto del cuidado de todos”.¹² Por contraste, al ser la acción de tutela el instrumento de uso directo del ciudadano, ella hace que los problemas reales del derecho estén en las personas y no en los expertos, con lo cual, el derecho constitucional se vuelve derecho común, como lo evidencia el tratamiento de los derechos de petición, salud, acceso a la administración, protección a los grupos especiales o marginados, etc.

2.3. Marco normativo de la acción de tutela

En estas acciones deben ser atendidos tres niveles normativos: el de las normas constitucionales, el de las normas legales y el de las reglas jurisprudenciales. En el plano constitucional las normas de referencia son el artículo 86 y el ya citado derecho fundamental al ejercicio y control del poder político del artículo 40.6 de la Carta, materializado en la facultad de interponer acciones en defensa de la Constitución y de la ley. En los planos legal y reglamentario se encuentran el Decreto Ley 2591 de 1991, dictado con base en facultades extraordinarias otorgadas al presidente por medio del artículo 5° transitorio de la Constitución; el Decreto Reglamentario 306 de 1992, que es una norma intrascendente; y el Decreto Reglamentario 1382 de 2000, que inconstitucionalmente introdujo factores de competencia para el ejercicio de la acción.

Sin embargo, es con el grueso de las reglas jurisprudenciales articuladas en los fallos de tutela y de unificación, que el sistema de aplicación de la tutela ha consolidado su funcionamiento. Si se tiene en cuenta que para el año 2013 habían sido tramitadas en el país más de tres millones de tutelas, dieciséis mil de las cuales se han convertido en sentencias de la Corte Constitucional, lo que se tiene entonces es un abundante inventario de reglas, articuladas en diversas líneas jurisprudenciales.

2.4. Titulares de la acción

A diferencia de la acción de inconstitucionalidad, la de tutela no consiste en el ejercicio de un derecho político, sino que, por estar destinada a la protección, “la acción de tutela como tal tiene el carácter de derecho fundamental [...] los derechos y garantías son fundamentales porque son un límite a la acción

¹² Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta, 1997, p. 153.

del legislador”.¹³ Por lo mismo, el titular de la acción no es el ciudadano, sino “toda persona”, es decir, cualquier ser de la especie humana y cualquier persona jurídica que vea vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales.

- a. La persona natural como titular de la acción. Acerca de este punto no hay discusión. Todo ser de la especie humana es titular de la acción, en cuanto titular de derechos fundamentales. En este sentido, los menores de edad, los reclusos, los servidores públicos, los incapaces, al igual que cualquier otro ser humano, pueden proponer la acción.
- b. La persona jurídica como titular de la acción. Las personas jurídicas, sean públicas o privadas, son también titulares de la acción, habida cuenta que son titulares de derechos fundamentales. Si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado compartían el absurdo sentimiento de negar dicha titularidad, lo cierto es que “la expresión ‘toda persona’ debe ser entendida, en sentido lógico, como una expresión deóntica universal que no admite excepciones, a menos que estas estén expresamente indicadas”,¹⁴ precisándose, entre otras, en la sentencia SU-1193 de 2000 que las personas jurídicas son titulares de cuando menos los siguientes derechos fundamentales amparables por tutela: el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de documentos y de papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el hábeas data y el derecho al buen nombre, entre otros.¹⁵ Más aún, la acción ha sido ejercida incluso entre personas jurídicas de derecho público, como aconteció en la sentencia SU-337 de 1998, cuando a propósito de una investigación disciplinaria sobre funcionarios de la rama judicial, la Procuraduría General de la Nación accionó en tutela en contra de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.¹⁶

¹³ Sentencia C-531 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica n° 14.

¹⁴ Sentencia T-200 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas.

¹⁵ Sentencia SU-1193 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁶ Sentencia SU-337 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2.5. Legitimación por activa. Quiénes pueden proponer la acción

El concepto procesal de legitimación por activa se refiere a la individualización de los sujetos que pueden hacer valer judicialmente un derecho. En esta línea, pueden proponer la acción las personas reseñadas en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, a saber:

- a. La persona vulnerada o afectada. En este caso, la persona natural a la que le está siendo vulnerado o amenazado su derecho fundamental, sin importar si se trata de un menor de edad, de un incapaz, de un extranjero, de un recluso, etc.
- b. El representante legal, tanto de la persona natural (en el caso de los menores de edad o de quienes han sido declarados incapaces por decisión judicial), como de la persona jurídica. En ambos escenarios debe aportarse la prueba de la representación.
- c. El apoderado o representante judicial en aquellos eventos en los que la persona afectada otorga poder a un abogado, caso en el cual debe aportarse la prueba de la representación. Si bien la norma señala que “los poderes se presumen auténticos”, ilegalmente algunos jueces exigen la presentación personal de estos.
- d. El Defensor del Pueblo, por medio de sus delegados en el orden nacional y departamental, y los personeros en el orden distrital y municipal.
- e. La Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26 y siguientes del Decreto Ley 262 de 2000.
- f. Finalmente, el artículo 10 del Decreto 2591 establece que la acción puede ser propuesta por un agente oficioso. La agencia oficiosa es una figura procesal, en virtud de la cual una persona natural puede acudir ante autoridad judicial para hacer valer los derechos de quien se encuentra en la imposibilidad física de hacerlo. Sobre este punto la Corte ha precisado que “cabe en materia de tutela la agencia oficiosa, pero ella únicamente tiene cabida cuando el titular de los derechos fundamentales alegados ‘no está en condiciones de promover su propia defensa’, circunstancia que, por mandato legal expreso, deberá manifestar en la solicitud [...]”. La Corte Constitucional ha resaltado la necesidad de la indefensión del interesado, como requisito *sine*

qua non de la agencia oficiosa”.¹⁷ La agencia oficiosa ha procedido en los casos de incapacidad física por enfermedad, en los casos de internamiento en establecimiento de salud, en los de permanencia en el extranjero y, más recientemente, en el caso de desplazamiento forzado por el conflicto interno, donde las asociaciones de víctimas han actuado como agentes oficiosos de numerosas víctimas.¹⁸

2.6. La parte demandada

La regla general señala que la acción de tutela fue pensada y diseñada para evitar la violación de los derechos fundamentales por parte de los servidores públicos. Prueba de ello es la ya citada fórmula del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la parte final del inciso primero del artículo 86 de la Constitución. Este señalamiento es obvio, pues históricamente en Colombia y América Latina, los mayores violadores de los derechos fundamentales han sido y son los servidores públicos. No obstante, la acción de tutela procede también en contra de particulares, en las nueve hipótesis previstas por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que pueden ser agrupadas en los siguientes eventos:

- a. En los casos en que el particular está encargado de la prestación de los servicios públicos de educación (en todos los niveles), salud, o de los servicios públicos domiciliarios (numerales 1º, 2º y 3º del Decreto 2591 de 1991) y, en general, siempre que esté encargado de cualquier actividad que pueda ser caracterizada como un servicio público.
- b. En los casos en los cuales la acción sea propuesta en contra de una organización privada, respecto de la cual el solicitante tenga relación de subordinación o indefensión, como ocurre en los casos de violación de derechos fundamentales en medio de una relación laboral, o frente a entidades financieras, o como residente en un conjunto residencial, o ante la discriminación en acceso a sitios públicos.¹⁹

¹⁷ Sentencia T-088 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, consideración jurídica n° 2, citando la sentencia T-001 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁸ Sentencia T-025 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n° 3.

¹⁹ Sobre este punto pueden ser consultadas, especialmente, las sentencias T-1090 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas, y T-131 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

- c. En los casos de manejo de información por parte de bancos de datos y archivos de entidades privadas, lo que involucra el derecho al hábeas data del que trata el artículo 15 de la Constitución, luego desarrollado por medio de la Ley 1266 de 2008.
- d. En los casos de tutela contra medios de comunicación, por violación de los derechos fundamentales. Al respecto caben tres anotaciones: antes de proponer la acción, el afectado deberá solicitar formalmente al medio de comunicación, la corrección de la información emitida (bien puede para ello elevarse un escrito al modo de un derecho de petición) (i); el accionante deberá suministrarle al juez de tutela, la transcripción de la información o la copia de la publicación. En caso de no ser posible, le pedirá al juez que la solicite al accionado (ii). Finalmente, y en caso de sobrevenir el amparo, la corrección del medio de comunicación debe ser desplegada proporcionalmente, es decir, de modo similar al de la publicación inicial (iii).
- e. Finalmente y como regla general, el numeral 9º del artículo 42 del decreto señala que procede la tutela en los casos de “situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción”. El *estado de subordinación*, ha dicho la Corte,²⁰ implica una relación jurídica de dependencia, que pone a una parte en desventaja en relación con la otra, como acontece con el trabajador respecto de su patrono; con el cliente y la entidad financiera; o el residente y el consejo de administración o la asamblea de residentes. Por otra parte, hay *estado de indefensión*, “Cuando la persona ofendida se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa o con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la vulneración del derecho fundamental”,²¹ como ocurre con un desplazado, una víctima del conflicto, los discapacitados, los enfermos, los menores de edad y los creyentes de las religiones, puestos en indefensión por curas y pastores.

²⁰ Ver, entre otras, las sentencias T-1083 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, o T-323 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

²¹ Sentencia T-265 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz. En idéntico sentido pueden ser también consultadas las sentencias SU-062 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, consideración jurídica n° 1 y T-263 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica n° 4.

2.7. Jurisdicción y competencia

Acerca de este punto, bien cabe resaltar que la Constitución de 1991 da lugar al nacimiento de la jurisdicción constitucional, hecho este que fue desarrollado por medio del artículo 43 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, que establece:

Artículo 43. Estructura de la jurisdicción constitucional. La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 a 244 de la Constitución Política. El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.

Dentro de la cuestión de precisar a quién corresponde el conocimiento de la acción de tutela, es posible distinguir cuatro momentos o etapas, a saber: el momento inicial, regido por la aplicación directa del artículo 86 de la Constitución y del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991; un segundo período que corresponde a la expedición del Decreto Reglamentario 1382 de 2000 y sus consecuencias inmediatas; una tercera fase, dispuesta con la expedición del auto 071 de 2001 de la Corte Constitucional; y el momento actual, que obliga a la aplicación del Decreto 1382 de 2000, tras el pronunciamiento del Consejo de Estado. Adicionalmente, deben ser considerados los casos de rechazo o inadmisión por parte de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

2.7.1. La competencia normativa genérica para acción de tutela

Las normas reguladoras sobre jurisdicción y competencia fueron dos. De un lado, el artículo 86 de la Constitución, al señalar que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata [...]”; y del otro, el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991, según el cual, “son competentes para conocer de

la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”. Por lo mismo, de la acción de tutela podía conocer cualquier juez del país, de cualquier jurisdicción o especialidad, con el límite del factor territorial de competencia. Así, el afectado escogía el juez o la sala de tribunal que conocería de su solicitud de amparo.

2.7.2. La expedición del Decreto Reglamentario 1382 de 2000

El día 12 de julio de 2000 y con el pretexto de ejercer la potestad reglamentaria dispuesta en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, el presidente expidió el Decreto 1382 de 2000, *Por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela*. Por medio de este y con el pretexto de “racionalizar” el reparto en acción de tutela, el Gobierno estableció un sistema de competencias escalonadas para el conocimiento de la acción, abiertamente violatorio de los artículos 82, 150 y 152 de la Constitución.

2.7.3. El auto del 27 de febrero de 2001 de la Corte Constitucional

La vigencia del decreto reglamentario desató numerosos conflictos normativos: en el plano constitucional, el artículo 86 de la Carta seguía indicando que los afectados podían proponer la acción de tutela en general “ante los jueces” y, adicionalmente, los artículos 150 y 152 establecían la reserva legal sobre competencia y la reserva de ley estatutaria para los derechos fundamentales. En el plano legal, el artículo 37 del Decreto 2591 continuaba fijando la competencia en “los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza”; y finalmente, en el plano reglamentario, se tenía un decreto, el 1382 de 2000, que mediante reglamento usurpaba competencias legislativas y la reserva de ley estatutaria. Dada la situación, se plantearon numerosos conflictos de competencia en la disyuntiva de aplicar el decreto reglamentario o directamente el artículo 86 de la Constitución. El asunto fue resuelto por la Corte Constitucional, mediante la excepción de inconstitucionalidad, disponiendo además, “Otorgar efectos *inter pares* a la decisión de inaplicar el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, para que en aquellos casos que sean semejantes, todos los jueces de tutela apliquen la excepción de inconstitucionalidad en el mismo sentido”.²²

²² Corte Constitucional, Sala Plena: auto 071 de febrero 27 de 2001, expediente ICC-135, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, punto resolutivo nº 4.

2.7.4. La sentencia del Consejo de Estado del 18 de julio de 2002

Comoquiera que se trataba de un decreto reglamentario inconstitucional, diez ciudadanos propusieron la acción de nulidad ante el Consejo de Estado, que es el competente para conocer de la constitucionalidad de estos decretos, en virtud del numeral 2º del artículo 237 de la Constitución. Finalmente, la Sección Primera, en mediocre providencia²³ y en sala de conjueces, con decisión dividida, denegó la casi totalidad de las pretensiones (el Consejo de Estado las llama “súplicas”). Salvaron el voto los abogados Ernesto Ariza Muñoz y Orlando Santofimio Gamboa.

Dada esta decisión, los accionantes emprendieron dos caminos procesales: en primer lugar, solicitaron la nulidad del fallo, y en segundo lugar, propusieron el recurso extraordinario de súplica en contra de la decisión.

Respecto de la solicitud de nulidad, los accionantes alegaron la violación del debido proceso sustantivo y procedimental, en la medida en que la acción que ellos habían propuesto era la de nulidad por inconstitucionalidad y no la de “simple nulidad”, debiendo ser fallada por la Sala Plena del Consejo de Estado y no por una de sus secciones. Adicionalmente, precisaron que los cargos se referían a la violación directa de la Constitución y no de la simple legalidad. La solicitud de nulidad fue negada mediante auto del 15 de enero de 2003, por el que se precisa que la acción de nulidad por inconstitucionalidad existe en la Constitución y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, pero no en el Consejo de Estado.

En lo que tuvo que ver con el recurso extraordinario de súplica, debe señalarse que distintos accionantes lo propusieron en oportunidad, siendo concedido el 31 de enero de 2003, con acumulación de todas las impugnaciones en abril de 2004 (dos años después de la sentencia). Aconteció, sin embargo, que durante el trámite fue expedida la Ley 954 de 2005, que suprimió la súplica, disponiendo que aquellas que se encontrasen en trámite, debían ser enviadas a “salas transitorias de decisión”. Tras nuevos problemas e impedimentos, el expediente fue asignado en el mes de abril de 2006 al despacho del magistrado Alberto Arango Mantilla, a quien se solicitó que el asunto fuese llevado a la Sala Plena, con lo que se habría podido dar fin a un procedimiento extrañamente extendido.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera: Expedientes acumulados 6414 y otros, sentencia del 18 de julio de 2002, M. P. Camilo Arciniegas Andrade.

Finalmente y mediante providencia del 1º de diciembre de 2010, el Consejo de Estado se pronunció de fondo sobre los recursos extraordinarios de súplica propuestos. En primer término, reiteró que la violación del debido proceso por suprimir la acción de nulidad por inconstitucionalidad ya había sido resuelta mediante auto. En segundo lugar y respecto del cargo que alegaba, la violación directa de la Constitución por violación de la reserva de ley estatutaria mediante un simple decreto reglamentario, indicó que:

El decreto en cuestión lo que logró no fue una modificación del estatuto de la acción de tutela, sino su reglamentación, de manera que pudieran distribuirse de forma sistemática y organizada este tipo de procesos, logrando una mayor agilidad y eficacia, sin duda más acordes con el postulado constitucional de administrar justicia en forma diligente y cumplida.

La potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución no tiene límite en el tiempo y está demarcada por el contenido mismo de la ley que la desarrolla, por lo que no se puede hablar de que se hallara expirada la potestad del presidente para expedir el acto debatido.²⁴

Una cuestión central es la relacionada con la condena en costas contenida en esa providencia. En efecto, el Consejo de Estado con “fundamento” en el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, condenó en costas a los recurrentes, alegando la aplicación de lo previsto en el numeral 2º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y del acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, desde donde concluyó que: “En este orden de ideas, en el caso sub exámine, la Sala al declarar no próspero el recurso extraordinario de súplica interpuesto, fija el monto de las agencias en derecho en dos (2) salarios mínimos mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de la sentencia que resolvió el recurso extraordinario, valor que asciende a la suma de un millón setenta y un mil doscientos pesos M/Cte.

²⁴ Consejo de Estado, Sala Especial Administrativa 1 A, radicado nº 11001 03 15 000 2003 00311-01, M. P. Alfonso Vargas Rincón, p. 33.

(\$1.071.200.00)”.²⁵ Esa condena en costas es no solo ilegal, sino que contraría el propio precedente del Consejo de Estado, por dos poderosas razones:

Porque el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo le quita la competencia a los jueces para condenar en costas a las personas que promuevan acciones públicas, lo cual se predica del recurso extraordinario de súplica interpuesto contra sentencias dictadas dentro de acciones públicas, que también tienen como finalidad la defensa de la supremacía de la Constitución.

Porque la Sala Plena del Consejo de Estado fijó la siguiente regla que se encuentra vigente: “en las acciones públicas no se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, incidente o recurso. *Por consiguiente, tampoco habrá lugar a costas cuando no prospere el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia proferida en un proceso de esta naturaleza*”²⁶ (énfasis añadido).

2.7.5. Factores de competencia vigentes

La distribución de competencias inserta en el decreto puede ser sectorizada de la siguiente manera:

- i. Distribución de competencia general para la acción:
 - Los tribunales superiores de distrito judicial, los tribunales administrativos y consejos seccionales de la judicatura conocen en primera instancia de las tutelas propuestas en contra de cualquier autoridad pública del orden nacional (sector central).
 - Los jueces del circuito o su equivalente conocen en primera instancia de las tutelas propuestas en contra de cualquier organismo del sector descentralizado por servicios del orden nacional (i) y de las propuestas en contra de autoridades públicas del orden distrital (ii)
 - Los jueces municipales conocen en primera instancia de las tutelas propuestas en contra de cualquier autoridad del orden distrital o municipal (i) y de las propuestas en contra de particulares (ii)
- ii. Distribución de competencia para tutelas contra sentencias (vías de hecho):

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A: Auto del 24 de febrero de 2011, radicado n° 11001031500020030031101.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena: Auto del 13 de julio de 2000, M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, radicación S-006, actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra.

- El competente es el superior funcional del despacho judicial accionado.
- Si se acciona contra la Fiscalía General de la Nación, el competente es el superior funcional del juez al que haya sido delegado el fiscal.
- Si se acciona contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, es competente la misma corporación.

2.7.6. Los casos de inadmisión o rechazo de la acción por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado

Con ocasión de las tensiones acontecidas alrededor de la tutela contra providencias judiciales, llamada también vía de hecho judicial, la Corte Suprema de Justicia y algunas veces el Consejo de Estado han tomado la decisión inconstitucional de rechazar o inadmitir las acciones de tutela que sean propuestas en contra de sus providencias, violando de esta manera los derechos fundamentales a debido proceso (art. 29 C.P.) y libre acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.). Comoquiera que en estos casos el afectado es el usuario de la administración de justicia, la Corte Constitucional, tras variados intentos de solución del problema, mediante el auto 100 de 2008 estableció el derecho de presentar la demanda ante cualquier otro despacho judicial o concurrir directamente a la Corte Constitucional, solicitando el mecanismo de revisión, a efectos de obtener un pronunciamiento judicial. La regla señala, específicamente:

Para otros casos en que exista la misma situación de vulneración de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, por la no admisión a trámite de una acción de tutela instaurada contra providencia de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 los ciudadanos tienen el derecho a escoger alguna de las siguientes alternativas: (i) acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluyendo una Corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante una acción de tutela la protección del derecho fundamental que consideran violado con la actuación de una Sala de Casación de dicha Corte o (ii) solicitar a la Secretaría

General de la Corte Constitucional, que radique para selección la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia en la cual se concluyó que la acción de tutela era absolutamente improcedente, acompañada de la correspondiente acción de tutela y de la providencia objeto de la misma, con el fin de que surta el trámite fijado en las normas correspondientes al proceso de selección.²⁷

2.8. La caducidad y la inmediatez de la acción

La acción de tutela no prevé término de caducidad. En este sentido, el artículo 86 de la Carta señala que la acción puede ser propuesta “en todo momento y lugar”. No obstante, ha sido edificada una regla jurisprudencial según la cual, la acción debe ser propuesta dentro de un término razonable, posterior a la violación del derecho fundamental, lo que ha dado paso a la formulación del “principio de inmediatez”. Como precedente usual, suele ser citada la sentencia SU-961 de 1999, donde se dispuso que “La tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser procedente en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros”.²⁸

La doctrina del principio de inmediatez viene siendo refinada por la Corte, especialmente desde casos relacionados con la tutela contra providencias judiciales. La sentencia T-016 de 2006 ofrece un buen balance de la línea jurisprudencial, pues reconstruye la evolución y los componentes del principio de inmediatez, a propósito de una situación en la que una persona alegaba la violación del derecho fundamental al debido proceso, materializada en una sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el día 12 de agosto de 2002. La Corte Constitucional, tras la revisión del fallo, confirmó la negativa del amparo, por violación del principio de inmediatez, reiterando que “La jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente en señalar que, en todos los casos, la acción de tutela debe ejercerse dentro de un término oportuno, justo y razonable, circunstancia que deberá ser calificada

²⁷ Auto de Sala Plena no 100, 16 de abril de 2008, punto resolutivo n° 2.

²⁸ Sentencia SU-961 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, consideración jurídica n° 5.

por el juez constitucional de acuerdo con los elementos que configuran cada caso”.²⁹ Adicionalmente, la Corte indicó, desde el precedente vertido en la sentencia T-684 de 2003, que para fijar la razonabilidad del término en el que debe ser propuesta la acción, deben ser tenidos en cuenta cuando menos los siguientes elementos:³⁰

- Si existió o no un motivo válido que justifique la inactividad de los accionantes.
- Si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión.
- Si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados.

2.9. Procedencia e improcedencia de la acción

El artículo 86 de la Constitución precisa la procedibilidad de la acción de tutela, al señalar que “Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Esta misma figura es desarrollada de modo más explícito por el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, especialmente por el numeral 1°, según el cual, la acción de tutela no procederá, “1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”, de donde se desprende el carácter subsidiario de la acción de tutela, es decir, que está subordinada al agotamiento del medio ordinario de defensa por el accionante, o a su inexistencia. En este sentido, “la Corte ha sostenido de manera reiterada, que la acción de tutela es improcedente cuando, con ella, se pretenda sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido, o incuria de quien solicite el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo”.³¹ Debe precisarse, sin embargo, que excepcionalmente es posible interponer la acción de tutela aun

²⁹ Sentencia T-016 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica n° 12.

³⁰ Sentencia T-016 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica n° 13, citando la sentencia T-684 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

³¹ Sentencia T-567 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica n° 6.

durante el trámite de la instancia, siempre y cuando se haya venido haciendo uso de los medios ordinarios de defensa;³² más aún, la Corte ha dado paso a la protección en algunos casos de características especiales, en los que no fue agotada la cuerda procesal.³³

2.9.1. El examen de la eficacia del medio ordinario de defensa

No obstante lo anterior, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece *un deber para el juez*, como es el de *examinar en concreto* si el medio ordinario de defensa resulta eficaz en el caso sometido a su conocimiento. Por lo mismo, el juez tiene la obligación de valorar la eficacia del medio ordinario de defensa. Para evaluar la idoneidad del medio ordinario de defensa en concreto y determinar la procedencia de la acción, la Corte ha señalado dos criterios que deben ser observados:

- En primer lugar, determinar el objetivo. La finalidad del proceso judicial usual que se considera desplazó la acción de tutela.
- En segundo lugar, determinar el resultado previsible en caso de acudir al medio ordinario de defensa judicial respecto de la protección eficaz de los derechos fundamentales.

De esta manera, si el medio ordinario de defensa se encamina hacia un objetivo que no incluye la integridad del derecho fundamental vulnerado o amenazado, o si el resultado previsible del despliegue del medio ordinario no ha de concluir en la protección del derecho fundamental, entonces hay lugar al amparo, que resulta así procedente.

2.9.2. La eficacia de las acciones y los recursos concretos

De acuerdo con la norma, es de cargo del accionante agotar el medio ordinario de defensa. Así, debe ejercer tanto los mecanismos de defensa judicial ordinarios, como los recursos (reposición y apelación principalmente) y las nulidades que hubieren sido del caso. No obstante, hay cuestiones de difícil solución alrededor del tema, como son las de determinar si el recurso de casación, la acción de revisión o la acción de nulidad sobre actos administrativos

³² En este sentido, la sentencia T-181 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz, resulta modélica.

³³ Al respecto pueden ser consultadas las sentencias T-329 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, y T-567 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

son medios eficaces de defensa, si se tiene en cuenta que su solución demora varios años, que su acceso es limitado por razones de “técnica”, y que resultan muy costosos para un usuario común de la administración de justicia. Alrededor del punto pueden ser identificadas dos etapas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Una primera etapa que iría hasta el año 2000, aproximadamente, en la que se consideró que por las razones expuestas, ni la casación, ni la revisión, ni la nulidad, eran medios eficaces de defensa, y por lo mismo, el accionante no estaba en la obligación de agotarlos en su integridad. No obstante, a partir de ese año, la postura de la Corte cambió, haciéndose rígida, exigiendo su agotamiento, para poder examinar la solicitud de amparo.

En el caso concreto de la casación, la exigencia fue dispuesta en la sentencia SU-542 de 1999, en la que se sostuvo, “que el recurso de casación es idóneo para proteger los derechos fundamentales”, y que en el caso concreto que se examinaba, “no puede la Corte Constitucional dar curso a una acción de tutela por presunta vulneración de los derechos a ser juzgado con la ley preexistente al acto que se imputa y al derecho de defensa, porque se producirían simultáneamente dos competencias sobre el mismo hecho y se desconocería que la acción de tutela es subsidiaria; y ésta como lo ha dicho la Corte, tiene operancia cuando se ha producido una vía de hecho”.³⁴

Similar consideración se hizo alrededor del recurso extraordinario de revisión ante la jurisdicción administrativa, con ocasión de la revisión de la solicitud de amparo que había elevado un senador de la República, al que el Consejo de Estado le había decretado la pérdida de investidura. Para el caso, la Corte sostuvo como tesis que “dentro del proceso de pérdida de investidura de los congresistas existe un medio de defensa idóneo para la protección del derecho al debido proceso y como resultado del cual el afectado puede obtener la restitución total de su derecho, o abrir la vía para la obtención de una reparación patrimonial compensatoria”.³⁵ Finalmente y para el caso de la acción de nulidad, la jurisprudencia de la Corte indica que, en términos generales, este es un medio idóneo de defensa, pero que el amparo procede en los casos de configuración de la excepción de inconstitucionalidad, o de configuración del perjuicio irremediable,³⁶ tanto para actos administrativos

³⁴ Sentencia SU-542 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁵ Sentencia SU-858 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica n° 3.4.1.

³⁶ Sobre el punto es emblemática la sentencia SU-1193 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

de carácter general, impersonal y abstracto, como para actos administrativos subjetivos, particulares o concretos.

2.9.3. El mecanismo transitorio y el perjuicio irremediable

El referido numeral 1º del artículo 6º del decreto le exige al accionante haber agotado el medio ordinario de defensa, salvo que la acción “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Desde el comienzo de sus actividades, la Corte se ocupó de fijar el contenido de la expresión “perjuicio irremediable”, definiéndolo como una “situación de riesgo asociada a la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental que puede actualizarse y, a partir de ese momento, progresar hasta hacerse irreversible”,³⁷ determinando además los elementos y características que la situación debe satisfacer:³⁸

- a. El perjuicio ha de ser *inminente*, es decir, que amenaza o está por suceder prontamente.
- b. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*, es decir, hay necesidad de actuar de inmediato.
- c. El perjuicio debe ser *grave*, es decir, equivalente a una gran intensidad del daño en el haber jurídico de la persona.
- d. La acción de tutela ha de ser *impostergable* (desde las notas de urgencia y de gravedad), en cuanto necesaria para restablecer la integridad del derecho.

El amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, es usual tratándose de la protección de los derechos sociales fundamentales (como el mínimo vital, por ejemplo), así como respecto de los derechos de que son titulares los sujetos de especial protección constitucional, como las madres, los menores de edad, las personas de la tercera edad y los discapacitados.³⁹ Debe precisarse que como se trata de un mecanismo transitorio,

³⁷ Sentencia C-531 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica no 20; sentencia SU-544 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica nº 11.

³⁸ Sentencia C-225 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, citada por C-531 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica nº 21.

³⁹ Como ejemplos concretos de la protección como mecanismo transitorio, pueden ser consultados la sentencia SU-062 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, que amparó el derecho de una empleada doméstica de la tercera edad que no había sido afiliada al régimen de salud y seguridad social, así como

el beneficiario de la tutela permanece en la obligación de promover la acción legal de que se trate.

2.10. Trámite de la acción y sentencia

El artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 materializa el principio de informalidad, al señalar que la solicitud de amparo no debe cumplir los requisitos formales de una demanda, sino que simplemente debe describir sus elementos relevantes: la acción u omisión que la motiva, la individualización del agresor y el nombre y lugar de residencia del solicitante. Adicionalmente y siguiendo una tendencia de la cortes de derechos humanos, el sistema colombiano ha acogido en tutela el principio *iura novit curia*, al señalarse que “cuando el actor no invoca expresamente la totalidad de los derechos vulnerados, el juez de tutela no solamente tiene la facultad sino la obligación de proteger todos los derechos que según las pruebas encuentre vulnerados”.⁴⁰

Los artículos 15 y 16 del decreto establecen el trámite preferencial de la acción respecto de los demás procesos del despacho, e indican que “los plazos son perentorios e improrrogables”. Igualmente, se prevé que las providencias se notificarán “por el medio que el juez considere más expedito y eficaz”. El artículo 20 establece una institución muy importante, como es la “presunción de veracidad”. De acuerdo con esta, la parte accionada cuenta con un término de tres días para informarle al despacho cuanto le conste acerca de los hechos, así como para poner a su disposición el expediente o la documentación “donde consten los antecedentes del asunto”. Ahora bien, si la parte accionada no cumple con su obligación, “se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano”.

Después del hábeas corpus, la de tutela es la acción más rápida del país. La norma prevé para la primera instancia un término de diez días y otro de veinte para el trámite de la impugnación. No existe propiamente una etapa probatoria, pues de acuerdo con los artículos 18 y 22 del decreto, el juez podrá decidir de plano, si considera que el material aportado por las partes es suficiente para articular su convencimiento. Como se señaló, el fallo debe ser proferido dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud,

los casos relacionados con pensiones, en los que la Corte ordena la inclusión en nómina del petionario, con el cargo de tramitar la acción de nulidad en contra de la decisión que lo había excluido.

⁴⁰ Sentencia T-1160 A de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n° 2.1.

y según el artículo 29, deberá identificar al solicitante y al eventual vulnerador de los derechos, precisando además el derecho tutelado. A efectos de la restitución de la integridad del derecho, debe ser emitida una orden precisa, con término de cumplimiento, que usualmente es de 48 horas. La decisión será impugnabile dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo.

Sea o no impugnada la decisión de primera instancia, en todo caso el expediente será remitido a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo, según lo previenen los artículos 31 y 32 del decreto. Allí las salas de selección, mediante acto formal, escogen o seleccionan los expedientes que pasarán a las salas de revisión de tutela (que son nueve en total). En la práctica, del grueso de expedientes que llegan a la Corte, es seleccionado menos del 1%, siendo el criterio de escogencia aleatorio, aunque se afirme que se seleccionan los casos que resultan novedosos, o los que sirven para unificar la doctrina sobre derechos fundamentales. Los ciudadanos pueden elevar peticiones y en caso de no obtener la selección de su proceso, pueden insistir en su pedimento, de acuerdo con el artículo 49 del Reglamento interno de la Corte Constitucional. Los trámites de selección e insistencia pueden ser también hechos por la Defensoría del Pueblo, la cual ha expedido un reglamento sobre la materia,⁴¹ así como por la Procuraduría General de la Nación.

2.11. El cumplimiento del fallo y la orden de protección

El fallo que concede la protección al accionante debe estar constituido por dos elementos básicos: la decisión de amparar o tutelar los derechos vulnerados y la emisión de órdenes que restituyan la integridad del derecho fundamental dentro de un plazo razonable. Una cuestión fundamental que establecer es: ¿qué puede hacer el afectado en aquellos casos en los que a pesar de haber sido otorgado el amparo, la demandada no le ha dado cumplimiento? Al respecto se plantean dos opciones: buscar el cumplimiento del fallo por la vía del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, y la de tramitar el incidente de desacato previsto en el artículo 52 del mismo decreto.

⁴¹ Acerca de las características y elementos de los trámites de selección e insistencia, ver las sentencias T-424 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell, y C-1716 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

2.11.1 El cumplimiento del fallo

El artículo 27 del Decreto 2591 ordena que la autoridad tutelada debe cumplir el fallo sin demora, pues en caso de no hacerlo, de oficio o a petición de parte puede acontecer:

- Que el juez requiera al superior del responsable, para que se cumpla el fallo, ordenándole abrir un proceso disciplinario al renuente.
- Que el juez ordene abrir proceso disciplinario al superior que no haya tomado todas las medidas necesarias para el cumplimiento.
- Que el juez adopte “directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del fallo”.

Las órdenes emitidas en los fallos de tutela deben ser cumplidas, en virtud de la vigencia del orden jurídico y del principio del efecto útil de las sentencias, pues “La alternativa es clara: el juez de primera instancia, en la tutela toma todas las medidas adecuadas para que se cumpla el derecho, o el juez de revisión directamente las toma en la propia sentencia o reasumiendo la competencia”,⁴² con lo que se hace eco del enunciado del inciso final del artículo 27 del Decreto 2591, según el cual, el juez “mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”, el que comparte la reiterada posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual, “La Corte supervisará la ejecución de esta sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma”.⁴³

2.11.2. El incidente de desacato

La otra vía por la que puede optar el afectado para asegurar el cumplimiento del fallo, consiste en iniciar y tramitar un incidente de desacato. Se trata de una medida judicial, de carácter sancionatorio, que acontece a petición de parte y que se somete a la cuerda procesal de los incidentes, dispuesta en el Código de Procedimiento Civil. El desacato será declarado por el juez una vez haya sido escuchada y vencida la parte renuente, evento en el que se la sancionará, por una sola vez, “con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios

⁴² Sentencia SU-1158 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica n° 3.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Molina Theissen contra Guatemala*, sentencia de reparaciones, 3 de julio de 2004, serie C, n° 108, punto resolutivo n° 15.

mínimos mensuales”. El artículo 52 del decreto prevé, igualmente, que el trámite del incidente y la sanción serán impuestos por el juez que conoció de la acción, y que esta podrá ser tan solo objeto de consulta. Adicionalmente, la Corte ha precisado⁴⁴ que hay lugar a la sanción por desacato cuando lo ordenado por la autoridad no se ha ejecutado, o cuando ha sido ejecutado de manera incompleta, o en aquellos casos en los que al ejecutar, se ha tergiversado la decisión del fallador.

En desarrollo del componente de la responsabilidad subjetiva que debe acompañar al desacato, la Corte Constitucional ha precisado que “al ser el desacato una manifestación del poder disciplinario del juez, la responsabilidad de quien incurra en él es subjetiva y que ello quiere decir que no puede presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento sino que para que haya lugar a imponer la sanción se requiere comprobar la negligencia de la persona comprometida”.⁴⁵

De esta manera y de conformidad con la jurisprudencia en vigor, para que se configure el desacato, es necesaria la concurrencia necesaria de los siguientes tres elementos:

- i. Que exista la *desatención* a las órdenes proferidas por el juez, a favor de quien ha solicitado el amparo.
- ii. Que como consecuencia de la desatención de las órdenes proferidas, acontezca el *incumplimiento* de lo ordenado por el juez constitucional.
- iii. Que la desatención o el incumplimiento *sea intencional o imputable a título de dolo*, pues se trata de responsabilidad subjetiva.

2.12. Las vías de hecho. La acción de tutela contra providencias judiciales

La procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, denominada genéricamente como vía de hecho judicial, es tal vez el aspecto más polémico del sistema colombiano, hasta el punto de haber dado lugar a fuertes enfrentamientos entre las cortes. A continuación se hace una presentación general del asunto, de acuerdo con la tesis de la procedencia de la acción de tutela en contra de sentencias.

⁴⁴ Sentencia T-555 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁵ Sentencia T-1234 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica n° 6.

2.12.1. De las “vías de hecho” a “las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales”

La acción de tutela se encuentra regulada en el artículo 86 de la Constitución Política, así como en el Decreto 2591 de 1991, que la desarrolló por vía legal. Esta última norma establecía en su artículo 40, la posibilidad de accionar en contra de providencias judiciales. Aunque el artículo 40 fue declarado inexecutable mediante sentencia C-543 de 1992, la Corte Constitucional aceptó expresamente la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, en los casos de “actuaciones de hecho imputables al funcionario”, caso en el cual se consideró que no se estaba en presencia de un acto judicial, sino de un acto de poder. Al respecto, la Sentencia señaló puntualmente:

Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante *actuaciones de hecho* imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales [...]

En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.⁴⁶ (Énfasis añadido)

Del año 1992 a la fecha, ha sido construida una sólida doctrina alrededor de lo que se llamó la “vía de hecho”, es decir, de la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Inicialmente, fueron fijados cuatro eventos en los que procedía la tutela. A estas modalidades la doctrina constitucional las denominó “defectos”, y fueron concebidas como situaciones ante las cuales el operador jurídico tiene la necesidad de tutelar el derecho fundamental vulnerado por la providencia irregular, disponiendo su nulidad. De manera puntual, la Corte Constitucional fijó los siguientes defectos: el defecto sustantivo, caso en el cual, la actuación se funda en norma absolutamente inaplicable (i); el defecto fáctico, caso en el cual resulta que el fundamento fáctico o probatorio de la decisión, es absolutamente inadecuado (ii); el defecto procedimental, que acontece cuando el juez ha actuado completamente fuera del procedimiento

⁴⁶ Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

establecido (iii); y el defecto orgánico, evento en el cual, el funcionario que profirió la decisión carecía completamente de competencia para hacerlo (iv).

Posteriormente y a partir del año 2003, la Corte Constitucional dio paso a lo que describió como una “redefinición dogmática” de la figura, que consistió básicamente en dos cuestiones: en primer lugar, en pasar de la expresión “vías de hecho” a la de “causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales”; y en segundo lugar, al ensanchamiento de la figura, de modo tal que no se limite a uno cualquiera de los cuatro defectos mencionados, sino que por el contrario sea posible ampliar el amparo a situaciones que vayan más allá de esos defectos, manteniéndose como tesis central la procedencia de la tutela “porque la solución que el juez resolvió imponer al asunto sometido a su consideración no concuerda con los dictados de la Constitución Política, puede decirse que su legalidad es solo aparente, y que el juez constitucional debe intervenir, porque la ausencia de juridicidad impone que la sentencias no puedan ser definitivas”.⁴⁷

2.12.2. Las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

La Corte Constitucional en diversos fallos proferidos desde el año 2003, con la reconfiguración dogmática de la institución, ha precisado las modalidades de protección, haciendo el balance con la sentencia C-590 de 2005,⁴⁸ que reiteró la procedencia de la acción, incluso en contra de decisiones tomadas en sede de casación. En este sentido, existen ocho causales genéricas de procedibilidad:

- El *defecto orgánico*, caso en el cual el funcionario que profirió la providencia impugnada carece completamente de competencia.
- El *defecto procedimental*, que tiene lugar cuando el juez actúa completamente fuera del procedimiento previsto para el trámite de la actuación.
- El *defecto fáctico*, que se configura cuando el fundamento probatorio de la actuación es inadecuado, bien porque se ignora la prueba, o el acceso a esta, porque se omite su valoración, o porque se fundamenta la decisión en prueba ilícita.

⁴⁷ Sentencia SU-120 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁸ Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Treviño. En este mismo sentido pueden ser consultadas, entre muchas otras, las siguientes sentencias: SU-120 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-200 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas, y más recientemente, T-058 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

- El *defecto sustantivo*, evento en el cual, la decisión es tomada con base en norma completamente inaplicable al caso, o sobre norma derogada.
- El *error inducido o vía de hecho por consecuencia*, que se configura en aquellos casos en los cuales la decisión del funcionario es violatoria de la Constitución y de los derechos fundamentales, como consecuencia de un error previo o de un engaño originado en otro servidor público o en un tercero.
- El *desconocimiento de la cosa juzgada constitucional o del precedente constitucional*, que acontece cuando la decisión tomada por el funcionario desconoce el contenido de aquellos.
- La *decisión judicial sin motivación*, que constituye un mero acto de poder y no un acto constitucional.
- La *violación directa de la Constitución*, que se concreta en la vulneración de los derechos fundamentales del afectado, por no darse aplicación a la excepción de inconstitucionalidad o por darse aplicación a una norma legal en contra de lo dispuesto por la Constitución.

3. Control concreto por revisión de los fallos de tutela por la Corte Constitucional⁴⁹

Se reitera aquí el enunciado contenido en el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución, según el cual, es función de la Corte Constitucional: “Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”. En este sentido, debe precisarse desde ya que la Corte Constitucional no conoce de ninguna acción de tutela de modo directo, sino que *revisa* los fallos de tutela que selecciona, los que han sido proferidos por otros despachos judiciales. Por lo mismo, la Corte en el ejercicio de su competencia de revisión, finalmente se limita a *revocar* o a *confirmar* los fallos que han sido objeto de revisión por parte de ella.

Se trata propiamente de un control posterior, que se ejerce sobre providencias judiciales, es decir, los fallos de tutela proferidos por los distintos despachos judiciales del país, y por vía activa, en el sentido de que es necesario

⁴⁹ Esta sección reproduce los elementos estructurales contenidos en Manuel Quinche: *La acción de tutela. El amparo en Colombia*, Bogotá: Temis, 2011, parte final del capítulo IV.

el despliegue de una gran actividad ciudadana e institucional para que un fallo de tutela sea finalmente revisado por la Corte Constitucional.

A efectos de que la revisión acontezca, la ley prevé que la totalidad de los fallos de tutela que se produzcan en el país sean remitidos a la Corte Constitucional para su *eventual* revisión. Así, respecto del fallo de primera instancia, el inciso final del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 prevé:

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.

Y para los fallos de segunda instancia, la parte final del inciso segundo del artículo 32 del decreto dispone:

[...] En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

De conformidad con las anteriores normas, es posible identificar tres momentos concurrentes en el ejercicio del control por parte de la Corte Constitucional, como son los momentos de la selección, la insistencia y la revisión de los fallos de tutela.

3.1. Las tres etapas en el control concreto de la Corte Constitucional

En el nivel legal, el Decreto 2591 de 1991, además de las citadas remisiones de los expedientes de tutela, describe en el artículo 33 el marco general de los trámites del control concreto ante la Corte Constitucional:

Artículo 33. Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.

En el nivel reglamentario, las normas concurrentes están contenidas en el acuerdo 05 de 1992 de la Corte Constitucional, el cual establece:

Artículo 49. Sala de Selección de Tutelas. Cada mes la Sala Plena de la Corte Constitucional designará a dos de sus integrantes para conformar la Sala de Selección de Tutelas, en forma rotativa y por orden alfabético de apellidos de los Magistrados.

La Secretaría General informará de inmediato a cada uno de los Magistrados y al Defensor del Pueblo sobre el recibo de las acciones de tutela, dando de ellas una reseña esquemática que contendrá por lo menos, el señalamiento del derecho constitucional supuestamente violado o amenazado. En seguida enviará el expediente respectivo a la Sala de Selección.

Los asuntos seleccionados por la respectiva Sala, serán repartidos a los Magistrados de la Corte de manera rotativa y por orden alfabético de apellidos, quienes integrarán para resolverlos, las respectivas Salas de Revisión.

Artículo 51. Insistencia. Además de los treinta días de que dispone la Sala de Selección y en virtud de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, cualquier Magistrado titular o el Defensor del Pueblo, podrá insistir en la selección de una o más tutelas para su revisión, dentro de los quince días calendario siguientes a:

1. La comunicación de la Secretaría General de la Corte al despacho del Magistrado sobre la decisión negativa de la Sala de Selección.
2. El recibo de dicha información por parte del Defensor del Pueblo.

Artículo 52. Trámite de la insistencia. Recibida la solicitud, la Sala de Selección de turno entrará a reexaminar en los términos y por las causales previstas en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, la tutela objeto de insistencia. Si encuentra procedente la selección, así lo hará y dispondrá su reparto. Si la decisión fuere negativa, se informará de ello al solicitante dentro de los tres días siguientes. Contra las decisiones de selección no procederá recurso alguno.

3.1.1. La etapa de selección

Como se dijo, los jueces deben remitir los procesos de tutela a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. La etapa de la selección se inicia con la

Llegada del expediente a la Secretaría General de la Corte Constitucional, la cual asigna un nuevo número de radicación al expediente, y finaliza con la decisión que toma la Sala de Selección de Tutelas (integrada por dos magistrados). La actividad del ciudadano durante esta etapa se focaliza en el hecho de elevar la solicitud de selección de su tutela, para que sea remitida a una de las salas de revisión. Este trámite cuenta básicamente con dos etapas:

- Una etapa de preselección, que acontece en cada uno de los nueve despachos de la Corte Constitucional. La totalidad de los expedientes que llegan semanalmente son repartidos en cantidades iguales entre los distintos despachos de la Corte. Allí, los auxiliares judiciales practicantes o *ad honorem* hacen una primera preselección, en el sentido de que elaboran una “ficha” o reseña esquemática y un informe de los procesos que según su criterio, o el criterio que le hayan señalado sus superiores, deberían ser tomados en cuenta en la selección definitiva. El porcentaje usual de estos preseleccionados es del 5% del total de los procesos asignados a cada despacho, y solamente las tutelas escogidas en esta primera etapa, irán a la Sala de Selección Definitiva.
- La selección propiamente dicha. Esta tiene lugar en la Sala de Selección de Tutela, que está conformada por dos magistrados designados mensualmente y por sorteo que hace la Sala Plena. La Sala de Selección es la que escoge de modo definitivo las tutelas que serán revisadas. Para el efecto se expide un auto que no puede ser recurrido. La selección es aleatoria y el acto no es motivado.
- Durante la etapa de la selección, la intervención de los ciudadanos y su oportunidad es la siguiente:
 - Entre el momento en que al expediente se le asigna el número y antes de que Sala de Selección se reúna, el interesado puede elevar una solicitud formal ante el despacho respectivo, señalando las razones por las cuales, su tutela debería ser seleccionada. Se trata de una solicitud formal, no muy extensa, que algunas veces es acompañada de piezas procesales, convenientes para la ilustración del despacho.
 - Algunas salas de selección dictan autos fijando el plazo máximo en que el escrito de solicitud de selección puede ser radicado para su estudio. Si bien la Corte presta el servicio de información por su página web (www.corteconstitucional.gov.co), no siempre estos au-

tos se encuentran actualizados, por lo que el interesado debe estar atento a su expedición.

Como se dijo, esta etapa finaliza con la expedición de un auto por parte de la Sala de Selección, que enumera los expedientes seleccionados, a la vez que ordena la devolución de los no seleccionados a los despachos de origen.

3.1.2. La etapa de insistencia

Acontece en aquellos casos en los cuales la Sala de Selección se ha abstenido de escoger el expediente de tutela. Esta etapa se inicia con la notificación del auto de selección y finaliza con un nuevo auto, en el que la nueva sala de selección se decide acerca de la solicitud de insistencia. Por lo mismo, consiste en una oportunidad que recae sobre las tutelas no seleccionadas. Solamente tres sujetos tienen legitimación por activa para el trámite de insistencia:

- Cada uno de los magistrados de la Corte Constitucional
- La Defensoría del Pueblo
- La Procuraduría General de la Nación

En los dos últimos eventos se trata de un procedimiento reglado, que debe ser agotado por el afectado en la respectiva entidad. La Defensoría y la Procuraduría se excluyen entre sí cuando media solicitud de parte, pero no cuando actúan de oficio.

a) La insistencia por alguno de los magistrados de la Corte Constitucional

Cada uno de los magistrados titulares de la Corte Constitucional, individualmente, puede insistir en la selección de un expediente que no haya sido escogido por la Sala de Selección de Tutelas.

El interesado antes del vencimiento de los quince días calendario siguientes a la negativa de la Sala de Selección, con que cuentan los magistrados para insistir, puede elevar un escrito a cada uno de los magistrados de la Corte Constitucional, o a los magistrados que considere conveniente, solicitándoles que insistan ante la Sala de Selección para que esta reexamine la viabilidad de la escogencia del expediente. El escrito del interesado no debe ser muy extenso y se sugiere que sea preciso, recabando en las razones por las cuales el magistrado debe insistir.

b) La insistencia por la Defensoría del Pueblo

El trámite de insistencia por parte del Defensor del Pueblo está reglado por la Resolución 669 de 2000, *por la cual se reglamenta el trámite de las solicitudes de Insistencia en Revisión de Acciones de Tutela del Defensor del Pueblo ante la Corte Constitucional*. En la práctica este trámite se ha vuelto un verdadero pleito, en donde resulta muy importante el “cabildeo”. Las disposiciones más importantes de esa resolución son los artículos 3º y 4º, que señalan los requisitos de la solicitud y muy especialmente la oportunidad para presentarla:

Artículo 4º. Oportunidad. La solicitud, junto con los documentos e informaciones requeridos para su trámite, deberá radicarse en la Defensoría del Pueblo, a más tardar dentro de los cinco (5) días calendarios siguientes a la fecha en que se comunique el Auto de la Corte Constitucional que dispuso la exclusión para revisión del respectivo expediente de tutela.

El artículo 12 de la norma establece la competencia de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales para insistir de oficio en la revisión de alguna tutela.

c) La insistencia por la Procuraduría General de la Nación

A diferencia de lo que ocurre con la Defensoría, en la Procuraduría no existen requisitos ni plazo para elevar la solicitud de insistencia, sin embargo es usual seguir la directrices que surgen del trámite ante el Defensor. No obstante, fue expedida la Resolución 210 del 9 de julio de 2009, que al respecto establece:

Primero. La Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales ejerce las siguientes funciones, de conformidad con las atribuciones señaladas en el Decreto 262 de 2000 y las asignadas por el Procurador General de la Nación en uso de sus facultades constitucionales y legales: [...]

2. Conceptos de control concreto de constitucionalidad. Solicitudes de revisión e Insistencias. De acuerdo con las atribuciones constitucionales y legales contenidas en los artículos 118 y 277 numerales 1 y 7 de la Constitución Política, y, en especial, las conferidas en los humerales 12 y 58 del artículo 7 del Decreto-Ley 262 de 2000, así

como el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el Acuerdo 05 de 1992 (Reglamento Interno de la Corte Constitucional) las cuales facultan al Procurador General de la Nación para intervenir ante la Corte Constitucional en la selección de los fallos de tutela que sean excluidos por sus respectivas Salas de Selección en cumplimiento de la sede de revisión constitucional consagrada en el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución, *proyectar para la firma del Procurador General de la Nación los conceptos de revisión e insistencia, de acuerdo con la facultad discrecional que le asiste*, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

Debe precisarse que el régimen de las solicitudes de insistencia que se tramiten ante la Procuraduría General de la Nación, fue recientemente modificado y regulado, por medio de la Resolución 301 de julio 30 de 2013.

En virtud de la exclusión por la concurrencia simultánea de solicitudes ciudadanas de insistencia ante la Defensoría y la Procuraduría, una estrategia aconsejable sería la de solicitar formalmente a una de las dos entidades la insistencia y la de gestionar la insistencia oficiosa en la otra.

3.1.3. La etapa de la revisión

Esta acontece respecto de los procesos de tutela que fueron finalmente seleccionados. Como dato significativo debe señalarse que para el año 2012, el porcentaje real de procesos de tutela escogidos por las salas de selección es del 0,35% del total de procesos remitidos.

3.2. La tutela contra tutela y la nulidad de los fallos de la Corte Constitucional

Dos de las preguntas más recurrentes para los usuarios de la acción de amparo son las siguientes: ¿Es o no procedente una acción de tutela en contra de un fallo de tutela?, y adicionalmente, ¿es posible atacar un fallo de tutela de la Corte Constitucional, por ser violatorio del debido proceso? La primera pregunta, luego de ser planteada en diversas oportunidades por la Corte, fue llevada a Sala Plena y resuelta en la sentencia SU-1219 de 2001, en la que se afirmó a modo de regla constitucional, que *no procede acción de tutela contra fallos de tutela*, en el entendido de que el mecanismo diseñado por el propio

constituyente para ejercer control sobre las sentencias de tutela, es el de la revisión de dichos fallos por la Corte Constitucional, lo que “excluye la posibilidad de impugnar las sentencias de tutela mediante una nueva acción de tutela –bajo la modalidad de presuntas vías de hecho– porque la Constitución definió directamente las etapas básicas del procedimiento de tutela y previó que los errores de los jueces de instancia, o inclusive sus interpretaciones de los derechos constitucionales, siempre pudieran ser conocidos y corregidos por un órgano creado por él –la Corte Constitucional– y por un medio también establecido por él –la revisión–”.⁵⁰

La segunda cuestión tiene que ver con dos preguntas subsidiarias: ¿Puede la Corte Constitucional por medio de sus sentencias vulnerar el derecho fundamental al debido proceso?, y en caso de vulnerarlo, ¿cuál es el instrumento judicial de corrección del que puede hacer uso el afectado? La respuesta a la primera cuestión es afirmativa; en efecto, la Corte Constitucional puede vulnerar, y de hecho ha vulnerado, el debido proceso a algunos ciudadanos, pero a su vez, ha diseñado el instrumento de corrección de la violación, que es el trámite de la nulidad del fallo proferido por la sala de revisión (es decir, el trámite de nulidad de la sentencia “T”).

3.2.1. La nulidad de los fallos de tutela. Oportunidad para proponer la solicitud

La posibilidad de declarar la nulidad de las sentencias proferidas por las salas de revisión de tutela de la Corte Constitucional, fue una hipótesis establecida inicialmente por el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, posteriormente desarrollada por vía jurisprudencial. De conformidad con la Corte, de lo que se trata es de la configuración de situaciones excepcionales, en las cuales la Sala de Revisión haya incurrido en una grave afectación del derecho al debido proceso. De acuerdo con la Corte, quien solicita la nulidad asume una carga argumentativa que le impone precisar las normas constitucionales transgredidas y su incidencia en la decisión adoptada.

El fundamento normativo de la causal y de la corrección se encuentra en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, “los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente”, y dentro de esta línea, la Corporación

⁵⁰ Sentencia SU-1219 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica n° 4.1.

afirmó la regla según la cual, “la única razón para que prosperara una presunta nulidad de sentencia de revisión, invocándose violación del debido proceso, sería la de modificación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional”,⁵¹ doctrina que fue refinada dos años más tarde al afirmar, que: “Las salas de revisión de la Corte carecen de competencia para modificar la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, falta de competencia que también se encuentra implícita en el artículo 29 de la C.P., como garantía del debido proceso, razón por la cual se considera que el vicio de incompetencia vulnera el debido proceso y por ende genera la nulidad de la decisión afectada por éste”.⁵² Acerca de la oportunidad para proponer la solicitud de nulidad, la Corte Constitucional ha fijado dos hipótesis:⁵³

- a. Si el defecto tiene origen en situaciones anteriores a la providencia, la nulidad tan solo podrá ser alegada hasta antes de ser proferido el fallo de tutela.
- b. Si la vulneración al debido proceso se deriva de la propia sentencia o de su ejecutoria, entonces la nulidad deberá ser alegada dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo.⁵⁴ Alrededor de este último punto debe precisarse que la notificación del fallo debe hacerla el juez de tutela de primera instancia.

3.2.2. Causales para la nulidad de los fallos de tutela

A este respecto pueden ser fijadas dos tesis alternativas. La primera señala que las causales, si bien son de origen jurisprudencial, son taxativas, mientras que la segunda sugiere que las modalidades y causales son de orden constructivo por vía jurisprudencial, lo que implica que la propia Corte bien puede configurar el número de causales que la necesidad o la seguridad jurídica impongan, tal y como ha venido sucediendo por vía jurisprudencial. Así, en principio, las causales son tres:⁵⁵

⁵¹ Auto 011 de febrero 24 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵² Auto 232 de junio 14 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵³ Auto 139 de 2004, M. P. Humberto Sierra Porto, recogido como precedente en el auto 100 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁴ Este término fue fijado también por vía jurisprudencial por medio del auto 232 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵⁵ Aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto al auto 048 de 2006.

- i. La presencia de irregularidades que vulneren las garantías del debido proceso, como son: la aprobación por mayoría no calificada legalmente; la incongruencia entre las partes motiva y resolutive del fallo; cuando la decisión carezca de fundamentación o en la parte resolutive se impongan órdenes a terceros que no fueron vinculados o informados del proceso.
- ii. Que la sala de revisión desconozca la cosa juzgada constitucional.
- iii. Que esta última cambie la jurisprudencia sin la intervención de la Sala Plena.

No obstante y como se señaló, existe la tendencia jurisprudencial de presentar un número plural de hipótesis, que desagrega como autónomas cada una de las contenidas en el señalamiento (i) anterior⁵⁶ y que da a entender la existencia de una cláusula abierta de causales de nulidad de los fallos de las salas de revisión de tutela.

Más recientemente y por medio del auto 105 de 2009, la Corte Constitucional ha hecho un balance integral de la figura, que permite determinar el escenario jurídico de su solicitud y decisión, que a continuación se sectoriza y precisa, a efectos de la sustentación de la nulidad que se alega.

En el nivel conceptual y a efectos de la procedencia, la Corte señaló con precisión, que “la solicitud de nulidad de una sentencia de la Corte Constitucional sólo procede en el evento en que dicha decisión derive en la afectación del derecho al debido proceso. Para el efecto, la solicitud en comento debe reunir los requisitos procedimentales y sustanciales exigidos por la ley y la jurisprudencia que desarrollan la materia”.⁵⁷ De conformidad con lo anterior, en materia de requisitos procedimentales y sustanciales se tiene:

- a. Requisitos procedimentales de la solicitud de nulidad: la Corte los ha precisado en un número de cuatro y son los siguientes:⁵⁸
 - i. La solicitud debe presentarse dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia adoptada por la Corte.

⁵⁶ Auto 139 de 2004, M. P. Humberto Sierra Porto, recogido como precedente en el auto 100 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁷ Auto 105 de 2009, M. P. Jaime Araujo Rentería, consideración jurídica n° 2.4.

⁵⁸ Auto 105 de 2009, M. P. Jaime Araujo Rentería, consideración jurídica n° 2.3.

- ii. Si el vicio alegado se funda en situaciones ocurridas con anterioridad a la adopción del fallo, la solicitud debe ser hecha antes de ser proferida la sentencia.
 - iii. Si el vicio se deriva de la propia sentencia, la nulidad debe ser propuesta dentro de los tres días siguientes a su notificación.
 - iv. Las solicitudes de nulidad deben ser presentadas por quien tenga legitimidad para hacerlo.
- b. Límites y argumentos sustanciales de la solicitud de nulidad; la Corte los ha determinado en un número de tres y son los siguientes:
- i. Quien invoca la nulidad tiene la carga de demostrar, con base en argumentos serios y coherentes, que la sentencia vulnera el derecho al debido proceso. No se trata del disgusto o la inconformidad del solicitante.
 - ii. La solicitud no debe estar encaminada a reabrir el debate, por la nulidad no constituye una nueva instancia o un recurso.
 - iii. Los criterios de forma (como la redacción o el estilo) de la sentencia, no constituyen afectación del debido proceso. La afectación debe ser calificada, es decir, “Ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión”.⁵⁹
- c. Modalidades de afectación del debido proceso que dan lugar a la nulidad: la Corte igualmente identificó las modalidades de afectación del debido proceso en los fallos de las salas de revisión, que dan lugar a la nulidad de la sentencia:⁶⁰
- i. Cuando una sala de revisión cambia la jurisprudencia de la Corte.
 - ii. Cuando una decisión de la Corte es aprobada por una mayoría no calificada según criterios que exige la ley.
 - iii. Cuando existe incongruencia entre la parte motiva de una sentencia y su parte resolutive (i), la sentencia se contradice abiertamente (ii), o cuando la decisión carece por completo de fundamentación (iii).

⁵⁹ Auto 105 de 2009, M. P. Jaime Araujo Rentería, consideración jurídica n° 2.3., citando el auto 031 A de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁶⁰ Auto 105 de 2009, M. P. Jaime Araujo Rentería, consideración jurídica n° 2.3, Sección III.

- iv. Cuando la parte resolutive de una sentencia de tutela da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso.
- v. Cuando la sentencia proferida por una Sala de Revisión desconoce la cosa juzgada constitucional.
- vi. Cuando “de manera arbitraria, se dejan de analizar asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales para el sentido de la decisión”.⁶¹

Un caso de aplicación de la nulidad de un fallo de la Corte Constitucional por haber ella misma violado el derecho al debido proceso, es el relacionado con la acción de tutela propuesta por la Gobernación del Valle en contra de CISA, con ocasión de un laudo arbitral. En principio y en sede de revisión, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-481 de 2005,⁶² en decisión dividida, amparó los derechos fundamentales de la Gobernación del Valle y ordenó la anulación del laudo arbitral proferido a favor del Consorcio Temporal CISA. No obstante, los afectados propusieron la nulidad del fallo, argumentado que la Sala de Revisión había vulnerado el debido proceso. Conocido el caso por la Sala Plena, esta, mediante el auto n° 100 de 2006,⁶³ dispuso la anulación del fallo de revisión, ordenando la emisión de una nueva sentencia, la SU-174 de 2007,⁶⁴ que negó el amparo solicitado y dejó en firme la decisión tomada por el tribunal de arbitramento.

3.3. Planos de despliegue del control concreto por vía de tutela

Como se afirmó al comienzo de este capítulo, el control concreto de constitucionalidad es el más importante de todos los controles, en la medida en que es el más cercano a la gente, el que permite de la mejor manera posible la realización de la Constitución Política como norma jurídica y aquel que efectiviza la agenda y los contenidos del Estado constitucional democrático.

El valor y la importancia del control concreto de constitucionalidad por vía de tutela cobran su cabal dimensión al identificar los planos en los que

⁶¹ Auto 105 de 2009, M. P. Jaime Araujo Rentería, consideración jurídica n° 2.3., sección III, citando el auto 031 A de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁶² Sentencia T-481 de 2005, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁶³ Auto 100 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁴ Sentencia SU-174 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

se despliega, como lo son tutela contra providencias judiciales, tutela contra actos administrativos, tutela como mecanismo de control y corrección de las políticas públicas, tutela en arbitraje, tutela por los derechos de las comunidades indígenas y tutela contra particulares.

Bibliografía

- Alegre, Marcelo: “Democracia sin presidentes”, en *Teoría y crítica del derecho constitucional* (pp. 43-71), Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- Amaya, Jorge: *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Astrea, 2012.
- Aragón, Manuel: *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Borja, Miguel: *Estado, sociedad y ordenamiento territorial en Colombia*, Bogotá: IEPRI, CEREC, 2000.
- Brewer, Alan: *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1976), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Cajas, Mario: *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia 1910-2007*, Cali: ICESI, 2008.
- Carpizo, Jorge: “Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina”, en *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Universidad Autónoma de México, 2009.
- Cassagne, Juan: *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- Cepeda, Manuel: “La defensa judicial de la Constitución”, en *Fortalezas de Colombia* (pp. 145-211), Ariel, BID, 2005.
- Cepeda, Manuel: “Exmagistrado analiza alcance de los ‘micos’ en la reforma judicial”, en *Las objeciones presidenciales a los actos legislativos* (pp. 139-142), Bogotá: Universidad del Rosario, 2013.
- Charry, Juan Manuel: *Sistema normativo de la Constitución de 1991*, Bogotá: Temis, 1997.
- Cruz, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Dueñas, Óscar: *Control constitucional*, Bogotá: Librería del Profesional, 1997.

- Favoreau, Louis: *Los tribunales constitucionales*, Barcelona: Ariel, 1994.
- Ferrajoli, Luigi: *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Ferrajoli, Luigi: “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Constitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003.
- Ferrajoli, Luigi: “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, en *Derecho y justicia en una sociedad global* (pp. 37-51), IVR, Universidad de Granada, 2005.
- Ferrajoli, Luigi: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (vols. I y II), Madrid: Trotta, 2007.
- Fix Zamudio, Héctor: *Los tribunales y las constitucionales en América Latina*, en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/188/6.pdf>>, consulta del 9 de mayo de 2013.
- García, Domingo: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Temis, 2001.
- García, Eloy: “Poder constituyente evolutivo en la crisis de la modernidad política”, en *La Constitución 20 años después*, Bogotá: Universidad Javeriana, Ibáñez, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2012.
- García de Enterría, Eduardo: *Curso de derecho administrativo* (vol. I), Madrid: Civitas, 2002.
- Gargarella, Roberto: “Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional”, en *Teoría y crítica del derecho constitucional* (t. I, pp. 521-530), Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- Garrido, María: *La igualdad en el contenido y la aplicación de la ley*. Madrid: Dickinson, 2009.
- Gaviria, Enrique: *Derecho internacional público*, Bogotá: Temis, 1998.
- Gozáini, Osvaldo: *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Guastini, Ricardo: “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J.: *El federalista*, México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Hart, Herbert: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- Held, David: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona: Paidós, 1997.
- Hesse, Konrad: “Constitución y derecho constitucional”, en *Manual de derecho constitucional* (pp. 1-15), Madrid: Marcial Pons, 2001.

- Kelsen, Hans: “El control de constitucionalidad de las leyes”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (pp. 5-17), México: Porrúa, 2009.
- Kimlicka, Will: *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona: Ariel, 1995.
- Lancheros, Juan et ál.: *Trámite legislativo ordinario*, Bogotá: Derecho Justo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- López, Luis et ál.: *Derecho constitucional* (vol. II), Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Malagón, Miguel: *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*, Bogotá: Universidad de Los Andes, 2012.
- Mazzetti, Luca: “La influencia el proceso de integración europea sobre los ordenamientos constitucionales nacionales con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Bogotá: Universidad Javeriana, Temis, 2011.
- Nogueira, Humberto: “Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur”, en *Ius et Praxis*, vol. 8, n° 2, Talca, 2002.
- Patiño, Carlos: *Guerra y construcción del Estado en Colombia 1810-2010*, Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2010.
- Quinche, Víctor: “Los sistemas jurídicos y la teoría del razonamiento judicial: una lectura de H. L. A. Hart”, en *Estudios Socio Jurídicos*, vol. I, n° 2, Bogotá: Universidad del Rosario, 2003, pp. 257-275.
- Quinche, Manuel: *Reforma política y referendo dentro de los procesos de reforma de la Constitución de 1991*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2004.
- Quinche, Manuel y Abello, Ricardo: “El control constitucional de los acuerdos en forma simplificada en Colombia. Un caso de evasión del control”, en *International Law*, n° 8, junio-noviembre, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006, pp. 11-52.
- Quinche, Manuel: *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- Quinche, Manuel: *La acción de tutela. El amparo en Colombia*, Bogotá: Temis, 2012.
- Quinche, Manuel y Urrego, Franky: *Los decretos presidenciales en el sistema normativo*, Bogotá: Doctrina y Ley, 2011.
- Quinche, Manuel: *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá: Temis, 2012.
- Quinche, Manuel: “El desplazamiento del poder constituyente del pueblo hacia el poder del presidente”, en *Las objeciones presidenciales a los actos legislativos*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2013, pp. 65-85.

- Quinche, Manuel y Peña, Rocío: *El derecho judicial de la población LGTBI y la familia diversa*, Bogotá: Legis, Universidad del Rosario, Colección Precedente, 2013.
- Restrepo, Carlos: *Tres ideas constitucionales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1988.
- Restrepo, Carlos: *Constituciones Políticas nacionales de Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- Rey, Felipe: *El voto programático. Mecanismos para el cumplimiento de las propuestas políticas en Colombia*, tesis de maestría, Bogotá: Universidad del Rosario, 2012, sin publicar.
- Rodríguez, Gloria: *La participación en la gestión ambiental*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- Sierra, Humberto: *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Valenzuela, Arturo; Colomer, Joseph; Ceballos, Miguel; Lijphardt, Arend y Shugert, Mattheew: *Sobre la reforma política en Colombia. Informe de consultoría internacional*, Washington D. C.: Georgetown University, Centro de Estudios Internacionales, Programa Colombia, 1999.
- Valencia, Hernando: *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá: Panamericana, 2010.
- Varela, Joaquín: *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Velandia, Eduardo: “El control incidental de constitucionalidad en un modelo mixto de origen dual o paralelo”, en *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- Velásquez, Fernando: *Derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 1997.
- Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil. Leyes, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 1997.



Universidad del Rosario

360 años



EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

15 años



Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon
Pro 11,5 puntos, impreso sobre papel proval de 70
gramos y encuadrado con método *hot melt*, en octubre
de 2013, en Bogotá, D. C., Colombia
Xpress Estudio Gráfico y Digital