

# Problemas contemporáneos del control constitucional en Colombia

---

ÁLVARO ECHEVERRI URUBURU \*

## RESUMEN

El presente artículo constituye la versión escrita de la ponencia presentada por el autor en el Marco del Seminario de "Derecho Comparado" celebrado en el mes de marzo en la Universidad Santo Tomás. La tesis fundamental del autor, sostiene que la Naturaleza del Estado Social de Derecho, definida por la Constitución de 1991 para caracterizar al Estado Colombiano, determinó la dinámica del Control Constitucional a cargo de la Corte Constitucional, lo cual ha dado lugar a diversos tipos de sentencias que ya no sólo buscan excluir del ordenamiento las normas incompatibles con la Constitución, sino conferirle vigencia material a los mandatos de ésta, particularmente en el campo de los derechos fundamentales.

## PALABRAS CLAVE

Estado Social de Derecho/ Legislador Negativo/ Legislador Positivo/ Nuevas Categorías Jurídicas.

## ABSTRACT

This article conforms the written version of the post presented by the author at the Seminar of "Compared Law" that took place in March at the Saint Tomas University (Universidad Santo Tomás). The main thesis of the author sustains that the Nature of the Social State of Law, defined by the 1991 Constitution in order to define the Colombian State, determined the dynamic of the Constitutional

---

\* Decano Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás y exconstituyente de la República. Este artículo constituye una versión de la conferencia dictada por el autor en el Seminario "Derecho Público Comparado", organizada en convenio con la Universidad de Konstanz, Alemania, y la Universidad Santo Tomás, Bogotá, los días 15 a 18 de marzo de 2004.

Control in charge of the Constitutional Court, which has brought different types of sentences that are not only excluding the order of the rules that are incompatible with the Constitution, but, in the field of the fundamental rights.

## KEY WORDS

Social State of Law, Negative Legislator, Positive Legislator, Now Lawful Categories

No se trata, desde luego, de explicar el sistema de control colombiano, sino de entender las dimensiones y alcances de dicho control a partir de la constitución de 1991.

- **El papel del Tribunal constitucional como creador de derecho, fundamentalmente a través de las llamadas “Sentencias Modulativas”.**

Se pretende en esta parte explicar la *legitimidad democrática* del T.C. como *creador de Derecho*, aspecto altamente controversial que ha suscitado los más duros ataques contra la Corte Constitucional colombiana.

- **Diseño de la Justicia Constitucional y su ubicación dentro de la estructura de poder.**

El equivocado diseño tradicional de la Justicia Constitucional -no corregido por el constituyente del 91, y eventualmente agravado es causa de frecuentes “choques” con las otras ramas del poder y en particular con las otras “Cortes”, lo cual obliga a desentrañar los siguientes aspectos:

- Pertinencia de las diversas posiciones jurisprudenciales (“choque de trenes”)
- El control constitucional difuso y la unidad de la Constitución (Acción de Tutela)

- Distribución del control constitucional en los “tribunales de cierre”.
- Algunas propuestas de *reforma institucional a la Justicia Constitucional*, en sentido contrario a la mal llamada “reforma a la justicia” propuesta por el actual gobierno.

### A. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CREADOR DE DERECHO

Resulta de Perogrullo sostener que los jueces a través de sus sentencias son creadores de Derecho.

La concepción de los jueces como verdaderos “creadores de Derecho” es el resultado de la superación de las concepciones de *Montesquieu* de la *Revolución Francesa* y de la *Escuela de la Exégesis*, nacida del Código de Napoleón, gracias a la obra de grandes juristas como GENNY, KANTORORICH -“la escuela libre del Derecho”- y *Pound* en Norteamérica.

Así se entiende que cuando el Juez *interpreta* una ley, aplicable a la solución de un *conflicto*, está creando una *norma* que *regula* la *resolución del caso*.

Ahora bien, la diversa *naturaleza del conflicto constitucional* dificulta la comprensión de la justicia constitucional creadora de Derecho. En este punto se sitúa la polémica entre *Smith* y *Kelsén*,

que esquemáticamente puede representarse de la siguiente forma:

CONFLICTO JUDICIAL	CONFLICTO CONSTITUCIONAL
Se parte de los <i>hechos</i> : generadores de conflicto	Se parte de <i>normas</i> en conflicto (la norma legal vs. la norma constitucional)
Se interpreta la ley que <i>crea</i> la norma que sirve a la resolución del conflicto.	Se <i>interpreta</i> la norma constitucional, sin que quepa su aplicación a un caso particular.

La teoría de Kelsen, tampoco avanza mucho en el sentido de conferirle al T.C. capacidad creadora de Derecho. El "Legislador negativo" de Kelsen implica es la función de negarle a una norma la capacidad de ser Derecho –o de seguir siéndolo, según se trate de anulación o abrogación de la norma– precisamente por su incompatibilidad con la Constitución, como norma suprema de la cual se deriva la validez y eficacia de todo el ordenamiento jurídico.

La justicia constitucional en Europa –desde su restablecimiento en algunos casos o su instauración por primera vez– hasta la década de los 70 del siglo pasado, discurrió según el modelo Kelseniano del "legislador negativo".

Lo mismo puede decirse de Colombia con respecto a la función de control constitucional a cargo de la Corte Suprema, desde su creación –mucho más antigua que en Europa– en 1910.

A partir de la década de 1970 se asiste a la transformación de los Tribunales Constitucionales de "legisladores negativos" en "legisladores positivos", es decir, en verdaderos creadores de Derecho, en algunas de las democracias de Europa que cuentan con una justicia Constitucional efectiva (Alemania, Italia, Francia, España y Austria).

Esta transformación se manifiesta a través de sentencias que ya no se limitan a emitir un juicio de compatibilidad o de incompatibilidad de la norma acusada con la Constitución (sentencias declarativas o abrogativas según el caso), sino que, ante normas que admiten dos interpretaciones, una conforme a la Constitución y otra incompatible con ésta, el T.C. escoge la correcta, desechando expresamente la que considere contrapuesta al texto Constitucional.

En estos casos, el T.C., inequívocamente crea Derecho al establecer la normatividad correcta frente a otra regulación normativa, derivada igualmente del texto legal, que considera incorrecta de acuerdo con la Constitución.

Estas son las llamadas por la Corte Colombiana "sentencias modulativas", que en Alemania y en Italia se llaman "sentencias interpretativas".

Estas sentencias que verdaderamente crean Derecho parecen estar justificadas, no ofreciendo mayores problemas<sup>1</sup>.

Las cosas, con todo, no parecen tan sencillas para otro tipo de sentencias que implican verdaderos actos de creación de Derecho. En efecto, veamos una esquemática tipología de las senten-

<sup>1</sup> En efecto, en el seminario sobre los diez años de la Corte Constitucional Colombiana, cuyas ponencias fueron recogidas en una publicación del Consejo Superior de la Judicatura bajo el título "La jurisdicción Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional 1992-2000", el expresidente Alfonso López Michelsen, quien había sido un crítico permanente de los fallos modulativos de la Corte colombiana, asume como válidos los argumentos dados por el ex magistrado Alejandro Martínez Caballero a favor de este tipo de sentencias.

cias de constitucionalidad y de los problemas que ofrecen.

1. SENTENCIAS INTEGRADORAS O EXTENSIVAS: también llamadas por la doctrina italiana "aditivas". Se trata de sentencias que tienen por objeto la transformación del significado de la ley. Ello ocurre cuando el texto de la ley dice menos de lo que debiera decir de acuerdo con la Constitución, de suerte que para que ello sea plenamente compatible con ésta y el juez constitucional adiciona los aspectos omitidos por el legislador.

"...la ley objeto del juicio de constitucionalidad es *insuficiente* en el sentido de que su contenido está conforme a la Constitución, pero su alcance debiera ser más amplio. La inconstitucionalidad recae sobre una omisión del legislador, que lleva a que con la sentencia de la Corte esa omisión se supere mediante adición" (Morelli, Sandra).

"...eso procede muy usualmente en casos de igualdad, en donde, por ejemplo, se acusa una disposición que concede un beneficio por no haber tenido en cuenta a todos los que lo ameritaban, por lo cual, el Tribunal, dando una aplicación directa del mandato constitucional sobre la igualdad, extiende ese provecho a los que fueron caprichosamente excluidos»<sup>2</sup>.

Por ejemplo la inclusión de la prohibición del despido de la mujer embarazada del C.S. del Trabajo, en las normas que regulan el servicio público y que no preveían este beneficio para los trabajadores oficiales.

2. SENTENCIAS RESTRICTIVAS: por medio de ellas el Tribunal constitucional determina que la norma revisada no se aplica a deter-

minados casos o que determinados efectos previstos en la norma no se aplican. Por ejemplo la Sentencia C-122/99, mediante la cual se restringieron las políticas de "salvamento" de la banca, decretadas mediante facultades de emergencia económica, a la banca oficial. También la., Sentencia 545/92 sobre la constitucionalidad de la inembargabilidad del presupuesto, salvo por créditos laborales.

3. SENTENCIAS SUSTITUTIVAS: "...cuando una Ley establece una determinada situación y la Corte procede a declarar su inconstitucionalidad, pero, al tiempo que lo hace, procede a producir la norma que reemplaza a la rechazada.

Así, al tiempo que la Corte expulsa la norma inconstitucional, se produce un vacío que la Corte llena con una nueva disposición regulatoria del caso.

Vg., Sentencia C-113/93, en la cual se estudió el estatuto que regula los juicios ante la Corte Constitucional y en el cual se establecían de manera taxativa los casos en los cuales la Corte podía conferirle efectos retroactivos a sus sentencias. La corte declaró la inconstitucionalidad de este artículo, pues consideró que la Ley no podía regular los efectos de los fallos de la Corte, pues esa atribución era propia de la Constitución o, en su defecto, del Tribunal Constitucional; por ende, anuló ese contenido normativo, pero, al mismo tiempo, estableció un contenido sustituto, señalando que correspondía a la propia Corte establecer el efecto temporal de sus fallos.

4. SENTENCIAS MODIFICADORAS: también llamadas por la doctrina italiana "manipu-

2 Martínez Caballero. Op. Cit. p. 399.

lativas". Por medio de ellas, el juez constitucional considera que la norma dice algo diferente a lo que ella literalmente expresa, porque el legislador se equivocó al dictarla en los términos en que la concibió. A esta conclusión se llega cuando la norma resulta incompatible con las disposiciones constitucionales. En este caso debe desecharse el sentido material que tenga el texto legal, esto es, considerarlo como no existente. El intérprete busca entonces su verdadero sentido, haciéndole las *correcciones* necesarias al texto original.

Vg., Sentencia de febrero 5/96, sobre la Ley 270 de "Administración de Justicia". El artículo 48 disponía: "sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso, tiene carácter obligatorio general". La ubicación del texto en el articulado que hablaba de las atribuciones de la Corte Constitucional, mediante la supresión de las expresiones "sólo" y "Congreso", condujo a que el texto corregido estableciera que solo la interpretación que hace la Corte tiene carácter obligatorio general.

5. SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD DIFERIDA: llamadas "aditivas de principio" por la doctrina italiana. Mediante éstas se declara la inconstitucionalidad de la ley, pero la Corte se abstiene de anularla pues considera que el vacío normativo que se produce resultaría más traumático que mantener la norma, pero se establece un plazo para que el legislador corrija la situación de acuerdo a los parámetros que la sentencia señala, "siguiendo con ello el modelo que parece recordar las leyes de delegación de facultades al Gobierno", por parte del legislador<sup>3</sup>.

Vg., Sentencia C-700/99, que declaró inconstitucional las normas sobre el financiamiento

de vivienda (UPAC).

¿Cómo se justifica esta ampliación de las Facultades del T.C. como creador de Derecho, aplicable igualmente a la Corte Colombiana?

El gran problema aquí no es de la creación de Derecho, pues los jueces ordinarios también lo hacen, sólo que de manera particular en cada caso concreto.

El problema radica en la creación de normas generales y abstractas al igual que las que expide el legislador, con lo que ello implica: sustitución, desplazamiento y desconocimiento del legislador de su obra (los criterios que tuvo, los debates parlamentarios en la expedición de la ley, etc.), incluso del peso de legitimidad que lo ampara (designación democrática, por oposición al T.C., que no posee el mismo origen popular).

Las justificaciones que se han ofrecido para dicho acrecentamiento de los poderes de la Justicia Constitucional son los siguientes:

- a) La pérdida de confianza en los parlamentos

El profesor Francés Hauriou señalaba ya en 1929:

"Se siente la necesidad de controlar a los parlamentarios porque su legislación, movida por las pasiones electorales, se ha convertido en una peligrosa amenaza para las libertades".

En Europa esa desconfianza se afianza después de la II guerra como consecuencia del papel de los parlamentos en el ascenso de los fascismos, lo mismo que por la debilidad para el ejercicio del control político por razón de la estructura de los sistemas parlamentarios, que confieren a los primeros ministros una virtual "dictadura" sobre el partido de gobierno y, a través de este, sobre el legislativo.

<sup>3</sup> Rombolli, Roberto. "El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual".

En América Latina la debilidad de los Congresos se debe en gran parte a la estructura presidencial de las formas de gobierno Latinoamericanas.

b) La mayor sensibilidad de la cultura jurídica contemporánea por el tema de los Derechos Humanos, cuya realización material es cada vez más un compromiso de los Tribunales Constitucionales.

c) La introducción del concepto del “Estado Social de Derecho” –que define la naturaleza del Estado– en las Constituciones de la posguerra condicionó la dinámica del control Constitucional de las leyes, en la medida en que dicho tipo de Estado exige la realización material de los derechos más allá de su simple proclamación formal en los textos Constitucionales.

“Los Tribunales Constitucionales deben, de un lado, asegurar que la constitución tenga plena eficacia normativa y, por ende, deben promover la realización de valores de justicia material entendidos en la carta, puesto que la constitución es no solo una norma de superior jerarquía, sino además, un orden de valores a realizar”<sup>4</sup>.

Esta transformación de la Justicia Constitucional, no deja de suscitar agudos problemas, a saber:

- a) Desplazamiento del legislador democrático por un órgano no electivo, ni representativo, ni responsable.
- b) Sustitución de los mecanismos democráticos en la producción de las decisiones colectivas, trasladadas ahora a un reducido cuerpo de juristas que deliberan en secreto y toman decisiones que afectan a toda la comunidad sin ningún tipo de control.
- c) Tradicionalmente la configuración de las decisiones sobre las políticas públicas han estado reservadas a los gobiernos y a los parlamentos. Con todo, en virtud del acre-

centamiento del poder de los T.C., éstos llegan a fijar los objetivos de esas políticas de acuerdo a los valores y principios constitucionales, pero no deberían establecer el cómo de esas políticas (vg. cuál debe ser la tasa de interés para los créditos de vivienda, cuál debe ser la fórmula para establecer las tarifas de los servicios públicos, etc.).

d) El carácter “Vicario” de las decisiones de la Justicia Constitucional ante la crisis de organización y representación de la política popular. En este aspecto el T.C. termina por desplazar a los sectores populares en el diseño de estrategias de organización, en cierta medida desestimulándolos a hacerlo, pues “para eso estarían los jueces”.

## B. EL DISEÑO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU UBICACIÓN EN LA ESTRUCTURA DE PODER EN COLOMBIA

El diseño de la Justicia Constitucional en Colombia corresponde a su naturaleza “difusa” y que se expresa en:

\*Diversos organismos que ejercen el control (Corte Constitucional, Consejo de Estado, jueces ordinarios, incluso funcionarios administrativos).

\*Diversidad de mecanismos. Así, encontramos:

1. El control abstracto de leyes por la vía de la *acción pública de inconstitucionalidad* en cabeza de la Corte Constitucional.
2. El control abstracto sobre Decretos (actos administrativos de carácter general) sobre los cuales no tenga competencia la Corte Constitucional, a cargo del *Consejo de Estado*.
3. El control abstracto sobre todos los demás

<sup>4</sup> Martínez Caballero, Alejandro, Op. Cit.

Decretos del gobierno, por la vía de la *Acción de nulidad*, a cargo del Consejo de Estado.

4. El control concreto de leyes y demás actos normativos por la vía de la *excepción de inconstitucionalidad* a cargo de cualquier Juez o Tribunal, e incluso de autoridades administrativas de acuerdo al Art. 4º. de la C.P.
5. El ejercicio de la Justicia Constitucional a cargo de todos los jueces y tribunales por la vía de la *tutela*, la cual, si bien no puede atacar las leyes por inconstitucionalidad –como si ocurre en el ordenamiento alemán y español para el caso del Amparo-, de todas maneras implica la aplicación de reglas, valores y principios de la Constitución.

\*Este sistema difuso, aparentemente garantista en exceso, conduce a la confusión y la inseguridad jurídica en virtud de decisiones contrapuestas entre las Cortes (por ejemplo, Corte Constitucional vs. Corte Suprema en torno a las prerrogativas del apelante único; Corte constitucional vs. Consejo de Estado en torno al período de alcaldes y al “error judicial”; Corte Constitucional vs. Consejo Superior de la Judicatura con respecto a la competencia de la justicia ordinaria para juzgar los actos militares por delitos de lesa humanidad (considerados como actos no propios del servicio).

\*La tutela desregularizada contra decisiones judiciales, tal como lo provocó la propia Corte Constitucional –al declarar inconstitucionales los artículos de Decreto reglamentario de la tutela que establecían para las tutelas contra decisiones de un Juez colegiado que debería ser otra sala de la Corporación la que las conociera–, ha generado permanentes confrontaciones entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema y el Consejo de Estado, al revisar la primera decisión de tutela de los jueces contra aquellas, o conflictos entre la Corte Constitucional y el Consejo Superior de

la Judicatura, como ocurrió en el más serio de estos enfrentamientos a propósito de la tutela promovida por el ex contralor Francisco Becerra.

\*El Carácter desigual y de inseguridad jurídica que puede ocasionar la excepción de inconstitucionalidad, como tantas veces ha sido denunciado por eminentes constitucionalistas como Restrepo Piedrahita.

\* La Congestión de la Corte Constitucional por razón de la Acción Pública de Inconstitucionalidad, que la conduce a convertirse en una “Fabrica de sentencias” (repetición mecánica de jurisprudencias; análisis excesivamente someros con ausencia de doctrina, omisión de asuntos que ameritaban declaratoria de inconstitucionalidad, etc.).

La raíz de este desorden se encuentra en el hecho de que la Corte Constitucional Colombiana no detenta el monopolio del control constitucional, como ocurre en el sistema Europeo, en el cual, el único juez de la Constitución es el Tribunal Constitucional. Un ejemplo de ese poder monopólico del control de constitucionalidad lo ofrece el recurso de la cuestión de Inconstitucionalidad en España o Italia, que permite al T.C., mediante consulta de un juez o Tribunal inferior, declarar si una ley que debe aplicarse en un caso concreto es o no Constitucional.

De otra parte el Amparo contra decisiones judiciales convierte al T.C. en un supertribunal de la jurisdicción ordinaria que ejerce control sobre el Derecho Civil y Penal y las demás ramas del derecho, a fin de que éstos se vean influidos por los mandatos, valores y principios constitucionales. Aquí, se presenta un problema de concepción sobre el valor supremo de la carta y la inexistencia de una “Cultura Constitucional” en la mayoría de los operadores jurídicos, en razón de una ya tradición histórica de visualizar la Constitución como texto jurídico político, ordenador de la Estructura del Estado para su efecto en la

vida social ordinaria.

Otro problema del Control Constitucional colombiano tiene que ver con la ubicación de la Corte Constitucional en la estructura de poder.

El haber colocado a la Corte Constitucional en la Constitución de 1991, como una corporación igual a las demás cortes, le impide actuar como Tribunal de cierre de la justicia constitucional, de tal manera que aquellas se sometan a sus decisiones, evitándose la anarquía y la inseguridad jurídicas actuales.

- No existe ningún principio o mandato en la Constitución Colombiana al estilo de los contenidos en la Constitución Alemana y Española, de acuerdo a los cuales las decisiones de sus tribunales constitucionales “obligan a todas las autoridades – incluidos los jueces – y a los particulares”.
- Tampoco existe una institución como el “Stare decisis” del sistema norteamericano, que obliga a todos los tribunales y jueces de los E.U. a someterse a las decisiones de la Corte Suprema.
- La lógica imponía a los constituyentes del 91 que, si se creaba un Tribunal Constitucional, éste no debía pertenecer a la rama Judicial, como ocurre en los sistemas europeos de control de constitucionalidad, a la cual se opuso la mayoría de la Asamblea constituyente.

Se trata en estos casos de un organismo autónomo que cumple una función legislativa excepcional: anular la leyes que sean contrarias a la Constitución (legislador negativo) y lograr que la Constitución se realice formal y materialmente (legislador positivo).

Este organismo, por no pertenecer a la rama judicial y no cumplir una función judicial propiamente dicha (aplicar las leyes a casos particula-

res), no puede ser acusado de intromisión de una rama (la judicial) en las funciones de las otras dos (ejecutivo y legislativo).

Ahora bien, como este tribunal, independiente por la naturaleza política de sus decisiones, aunque revestidas de las formas propias de las decisiones judiciales, actúa en la suprema dirección del Estado, al igual que los otros poderes que lo conforman.

En estas condiciones jurídicas, no se le puede acusar, por tanto, de entrometerse en la definición de las políticas públicas.

### C. PROPUESTA DE REFORMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

- 1) Ubicación de la Corte Constitucional por fuera de la rama judicial, como órgano autónomo e independiente con un poder monopólico sobre el ejercicio de la Justicia Constitucional (en tal sentido, la nulidad de todos los decretos del gobierno por inconstitucionalidad debería pasar a la Corte Constitucional).
- 2) Sometimiento de todas las autoridades, incluidas las judiciales, a los fallos y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo mismo que los particulares (la expresión del carácter normativo de los fallos del T.C., como ocurre en Alemania, se expresa en que estos son publicados en la gaceta del Estado – Diario Oficial-).
- 3) Introducción de la cuestión de inconstitucionalidad, acabando con el anárquico sistema de la excepción de inconstitucionalidad.
- 4) Reglamentación de la Tutela contra sentencias.

- a) Competencias para conocer de tutelas contra providencias judiciales de los jueces colegiados en otras salas de la respectiva corporación.
- b) Prohibición de tutelas cuando estas se orientan contra la independencia del juez en la aplicación de la ley y la libre valoración que este tiene del material probatorio.
- c) Establecer términos precisos para impugnar providencias y sentencias, evitando que la tutela se convierta en una tercera instancia o en un recurso extemporáneo para salvar un proceso en el cual no hubo actuación diligente del afectado y su apoderado.

Estas reformas se encaminan, por tanto, a fortalecer la función del Control Constitucional dándole coherencia y racionalidad, lo mismo que al derecho de tutela y no a debilitar dicho control o volver inane y sin eficacia para la protección de los derechos esta última acción.

Se trata de fortalecer la democracia, de hacerla más actuante y efectiva, y no de debilitarla, como a veces parece ser el deseo de algunos voceros gubernamentales.