

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO GARANTÍA EN LA TEORÍA CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO*

*David Mendieta González***

RESUMEN

Hoy, cuando hablamos de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho, como parámetros de garantismo y civilidad, se alza la Constitución como el gran referente de validez y justicia normativa y el control de constitucionalidad como el mecanismo para hacer efectivas estas garantías.

Varios son los modelos de control de constitucionalidad y muchos los procesos para hacer efectiva la supremacía constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico, su estudio se hace importante y su conceptualización una necesidad.

PALABRAS CLAVE

Constitución, control de constitucionalidad, ordenamiento jurídico, Estado Constitucional de Derecho, supremacía constitucional.

Abstract

Today when we talk about the constitutional and democratic State

* Ponencia presentada en la Universidad Autónoma Latinoamericana, sede Medellín en el marco del **I encuentro sobre teoría del derecho**, realizado los días 24 y 25 de marzo de 2010. El texto es producto del proyecto de investigación “La acción ciudadana de inconstitucionalidad en Colombia” adelantado por el autor en el grupo GISOR de la Corporación Universitaria Remington.

** Abogado y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia. Doctorando en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, docente de tiempo completo de la Universidad de Medellín, docente de la Corporación Universitaria Remington. Correo david.mendieta@remington.edu.co

of law, as a warranty of the civility parameters, the constitution rises like a reference of validity, justice and constitutional control as a mechanism to enforce these guarantees.

There are many models of constitutional review and many processes to validate the constitutional supremacy over the rest of the legal system. In fact, constitutional review study is important and its conceptualization a necessity.

Key words: Constitution, constitutional control, legal system, constitutional state of law, constitutional supremacy.

Introducción

Todas las teorías contemporáneas del derecho confluyen en un mismo punto, tienen una zona común para hacerse posibles, ya sea la idea kelseniana de norma fundante, o la noción hartiana de regla de reconocimiento o la valoración principialística de Ronald Dworkin y su lucha contra la discrecionalidad judicial, todas se viabilizan desde la Constitución como garantía social e individual.

Es después de la Segunda Guerra Mundial y de la crisis del Estado Legislativo de Derecho que el constitucionalismo adquiere nuevos bríos, era necesario evitar que la historia se repitiera, el legislador había fallado en su tarea de no permitir la concentración de poder, la ley era cuestionable y cuestionada.

De ahí que la Constitución se alzara ya no solo como norma asignadora de competencias de los poderes públicos, sino también como carta de derechos en aras de la protección del individuo, las minorías y la sociedad en general.

Los nacientes estados constitucionales de derecho requirieron la constitucionalización de sus ordenamientos jurídicos y el protagonismo normativo pasó de la ley a la Constitución.

Colombia no fue ajena a este proceso y desde 1991 ha venido de manera lenta pero contundente desmontando las bases de un añejo positivismo jurídico que veía el imperio de la ley y al legislador como fuente principal y máximo intérprete del derecho respectivamente.

La teoría contemporánea del derecho centra su preocupación en la aplicación del derecho, especialmente por parte de los jueces. Se hace necesario

reconsiderar todo el sistema de fuentes, adaptar instituciones creadas en el siglo XIX como es el caso de la idea de doctrina probable a un orden basado en la constitución, reinterpretar nociones tales como imperio de la ley la supremacía constitucional, rescatar conceptos como la doctrina constitucional, ya no con carácter auxiliar, sino como primerísima fuente de derecho, han sido los retos de nuestro ordenamiento en los últimos 19 años.

En el caso colombiano la norma que aborda el sistema de fuentes del derecho es el artículo 230 de la Constitución Política, que expresamente reza: “Los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Desde sus primeras sentencias la Corte Constitucional debió armonizar el anterior artículo con el principio contenido en el artículo 4° de la Constitución, así lo dejó claro en la sentencia C-131 de 1993 al afirmar:

Ahora bien, por la expresión "imperio de la ley" debe entenderse ley en sentido material -norma vinculante de manera general- y no la ley en sentido formal -la expedida por el órgano legislativo-. Ello por cuanto, según se vio, la primera de las normas es la Constitución -art. 4° CP. (Sentencia C-131, 1993)

Por tal razón debe entenderse “imperio de la ley” como ordenamiento jurídico, el cual se encuentra sometido a los parámetros de validez determinados por la Constitución y a la Corte Constitucional como la garante del cumplimiento efectivo del texto constitucional con todos sus valores, principios y mandatos. Lo anterior a través del control de constitucionalidad. De ahí la importancia de que dentro de la teoría del derecho se aborden temas constitucionales con mayor preocupación y acuciosidad, pues hoy no es viable una teoría del derecho ajena a la Constitución.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

En la antigüedad clásica se tenía clara la existencia de normas supremas, pero la *nomos* griega no separaba lo público de lo religioso. En la tragedia *Antígona* de Sófocles, la protagonista, decide desobedecer la orden del tirano Creón que prohibía enterrar el cadáver de su hermano, recordándole la existencia de

preceptos superiores, no susceptibles de ser modificados por la discrecionalidad humana:

Ni creí yo que tus derechos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas, de manera que un mortal pudiese quebrantarlas. Pues no son de hoy o de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron. (Sófocles, 1964)

En Roma ningún jurista dudó de la existencia de una ley eterna e incambiable a la que debía someterse todo el ordenamiento jurídico de un pueblo, lo que establece un claro límite en la aplicación de las leyes en particular y las demás normas en general.

De hecho hay una ley verdadera, la recta razón inscrita en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero ya sea que ordene o prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de atemorizar a los malos. No se puede alterar por otras leyes, ni derogar algunos de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado ni el pueblo pueden liberarnos de su imperio ; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos (...) desconocerla es huirse a sí mismo, renegar de su naturaleza y por ello mismo, padecer los castigos más crueles, aunque se escapara a los suplicios impuestos por los hombres". (Cicerón, 1975, p. 58)

El primer caso de control de actos del parlamento por ser contrarios a una disposición supra legal y garantista, se da en la Inglaterra del siglo XVII, época de discusión de teorías como el contrato social y el derecho natural.

En el "*Bonhams Case*" (1610), el juez Edward Coke declaró que ningún acto del parlamento que vaya contra el derecho común y la razón podrá ser aplicado, pues son éstos los que le dan sentido a la existencia de las normas estatales, introduciendo así la idea de la "*fundamental law*". Este Juez sostuvo que el *Common Law* gozaba de supremacía sobre los actos del rey y aun sobre las Leyes del Parlamento, siendo éste uno de los precedentes más importantes de la supremacía Constitucional en el mundo.

La gran innovación del constitucionalismo Norteamericano, frente a la tradición inglesa de la que se originó, es la idea del *Higher Law*, un Derecho Fundamental o más alto, superior a cualquier mandato real o parlamentario,

este es el derecho que inspira la rebelión de los colonos americanos en su lucha contra la corona inglesa*.

2. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LOS MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

En los estados constitucionales de Derecho, la validez formal de las normas está sujeta a la Constitución. Pero la supremacía Constitucional no debe fundamentarse solo en que es el escalón más alto de la pirámide Kelseniana, sino complementarse con el hecho de que es un compendio de valores, principios y derechos de contenido deontológico que reflejan las necesidades de un pueblo y además sirven de límite al ejercicio del poder estatal y garantía inherente e intransferible de cada uno de los individuos que integran el Estado.

Son los norteamericanos quienes establecen la idea de supremacía constitucional como base del constitucionalismo normativo y es en la segunda parte del artículo 6° de la constitución de 1787, donde expresamente se plasma tal criterio*, más como una herramienta de unidad y coerción, que como una declaración de derechos humanos. Pero nada dijo el texto constitucional de Filadelfia acerca de quién debía ser el encargado de velar por que todos los órganos del Estado cumplan con la Constitución, pero desde 1803, aunque no se encuentran expresamente consagrados en el texto constitucional, se ha aplicado el precepto conocido como el *judicial review* o control judicial de

* “Ya en los famosos argumentos de James Otis en el *Writs of Assitence case*, de 1761 (que para ADAMS significa “el nacimiento del niño independencia”) se atacan las medidas fiscales que azotan a los colonos como contrarias a *the fundamental principles of law*, de lo que deduce que “*an Act against Constitution is void*” (una ley contra la Constitución es nula) y que los tribunales deben inaplicarlas (“*the courts must pass Duch Acts into disuse*”). Igualmente SHARP, en su básico libro *A declaration of people’s natural right to a share in the legislatura*, 1774, una de las fuentes del movimiento, juzga, con base en la Magna Carta, que el juicio por los pares y no por los jueces extraños es “el primero y más esencial derecho de la Constitución”, estimando que juzgar irlandeses (o norteamericanos) en Inglaterra era contrario al *fundamental Law* y que la ley que lo autorizaba era, por tanto, un “*unconstitutional act of Parliament*”, una ley inconstitucional del Parlamento.” GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. “La constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”, Editorial Civitas. Madrid. 1991.

* “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”. Constitución de los EEUU de 1787, Artículo 6°.

constitucionalidad, en aras de preservar la supremacía de la Constitución sobre todas las leyes estatales y federales.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, para el caso *Marbury vs Madison*, el Juez Marshall, apropió a esta Corporación del poder de revisar los actos del legislador frente a la Constitución (Sentencia *Madison vs Marbury*, 1803).

O la Constitución es una ley superior y suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al legislativo le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza." (Fuente: *Marbury v. Madison* (1, Cranch, 137, 1803). Traducción realizada por el profesor Ignacio Fernández Sarasola.)

Ni Montesquieu en *El Espíritu de las leyes* (Libro XI), ni Hamilton en el *Federalista* (número 78), concibieron el poder judicial como una fuerza de oposición frente al gobierno y el legislador. Con el fallo de John Marshall, los jueces se convirtieron en un verdadero tercer poder, es lo que muchos han llamado "judiciocracia" o "el gobierno de los jueces" (Lambert, 1921), permitiendo así que los jueces cumplan un control político.

El control constitucional de las leyes, por parte de los jueces en Norteamérica, tuvo muchos opositores y fue objeto de controversia durante muchos años, siendo Jefferson uno de sus principales contradictores tal como lo cita Loewenstein "El tribunal, como instancia suprema de todas las cuestiones constitucionales, significaría someternos al despotismo de una oligarquía." (1983, p. 131)

En referencia a la supremacía constitucional, hubo otros fallos en los cuales la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ganó legitimidad y disminuyó la tensión política con los demás poderes instituidos.

Aunque los constitucionalismos norteamericano y europeo de finales del siglo XVIII, beben de las mismas fuentes teóricas, en la práctica no se desarrollan de la misma manera. Las viejas castas en Europa impiden que se consolide la

soberanía popular y en cambio dan paso a la soberanía nacional excluyente y que es ostentada solo por algunos estamentos de la sociedad y cuyo directo representante dentro de la estructura del Estado es el legislador. (Pérez Royo, 2007, p. 137 y ss.)

A la burguesía le costó mucho tiempo hacerse con el poder en Francia, cuando lo consigue en 1789, encuentra en el liberalismo clásico el sustento ideológico para el nuevo sistema de gobierno y en la soberanía del parlamento, quien la representa, la manera de asegurarse en el poder.

Los franceses con la arraigada influencia del concepto montesquiano de división del poder alrededor de la ley, entregan la facultad de canalizarlo para evitar su abuso y garantizar una serie de derechos a los individuos al legislador, la supremacía de la constitución en Francia y gran parte de Europa, da lugar durante todo el siglo XIX a la supremacía de la ley.

La humanidad vivió un renacimiento constitucional después de la Primera Guerra Mundial, pero más decididamente a partir de la Segunda, con los procesos de implementación de las democracias constitucionales primero en Europa y posteriormente en América Latina, pues frente a la barbarie, la destrucción y la vergüenza, se ve en el constitucionalismo la posibilidad impedir que la historia se repita

Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de gobierno no democrático o de una tensión interna importante pueda encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la Justicia Constitucional en su forma de gobierno. (Capelleti, 1986)

Los tribunales constitucionales surgen de la necesidad de someter a todos los órganos del Estado a la Constitución, pero muy especialmente al legislador, pues el modelo del Estado de Derecho basado en el imperio de la ley había fracasado, la idea de que la ley es el resultado racional y lógico, que expresa la voluntad general, es replanteada, la supremacía de la ley le da de nuevo paso a la supremacía de la Constitución. (Balaguer C., 2001, p.7 y ss.)

3. MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad es consecuencia directa de la supremacía constitucional, si la Constitución es norma de normas y el mapa de ruta de un Estado, entonces todos los poderes constituidos deben actuar conforme a ella, de ahí la necesidad de que exista una autoridad encargada de hacer cumplir la

Constitución y adecuar todos los actos de los diferentes órganos del Estado a los preceptos constitucionales.

En el mundo se han diseñado diferentes modelos de control de constitucionalidad, pero de acuerdo a la autoridad que lo realiza, se ha clasificado en dos tipos:

3.1 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO

También denominado modelo anglosajón, tiene su punto de partida en el “*judicial review*”, establecido por el Juez Marshall en la Sentencia Madison vs Marbury, que ya fue abordada en el presente escrito.

Establece la facultad que tienen todos los jueces de efectuar control de constitucionalidad de los actos de los demás poderes públicos, partiendo de la idea de que los jueces representan al pueblo y éste ostenta el poder constituyente, que está por encima de los poderes constituidos.

3.2 EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO

Este modelo surge después de la Primera Guerra Mundial, pero se consolida solo a partir de la Segunda, frente al fracaso de la soberanía de la ley y la incapacidad del legislador de preservar del equilibrio de los poderes públicos.

El periodo de entre guerras y el ascenso del fascismo, demostró que aunque los parlamentos ostenten una legitimidad democrática, es posible que luego de ser elegidos se alejen del concepto de voluntad general y desconozcan los derechos fundamentales de las minorías.

Cuando el legislador ya sea por complicidad, ya por debilidad, se somete al ejecutivo, nos enfrentamos a una clara concentración del poder y según la tradición montesquiana a una natural inclinación a abusar de él: una teoría pensada para evitar el abuso del poder se prestó para abusar del poder.

El modelo de control de constitucionalidad concentrado se impondrá primero en Europa y luego en gran parte del mundo, por la decisión política de diferentes procesos constituyentes de establecer un tribunal constitucional que permitiera la eficacia y durabilidad de las garantías constitucionales, siendo el punto de partida la creación del Tribunal Constitucional Austriaco, con gran protagonismo ideológico de Kelsen quien justificará la importancia de establecer un máxima autoridad constitucional en la importancia del control de constitucionalidad abstracto a nivel normativo.*

Se requiere entonces una autoridad independiente de los tres poderes tradicionales, encargada de preservar el sometimiento de estos al orden constitucional.

El sistema de control de constitucionalidad concentrado se basa en la creación de un órgano de jurisdicción constitucional, un tribunal único, que conoce de manera directa, por el ejercicio de las acciones procesales específicas, los supuestos de inconstitucionalidad en las diferentes modalidades procesales.(Balaguer C., 2001, p. 48 y ss.)

Este modelo presenta problemas en su legitimidad para controlar autoridades elegidas democráticamente, aunque su origen no sea democrático y la situación se agrava cuando su relación se vuelve tensa con los otros órganos del poder público.

Es importante que exista una autoridad encargada de vigilar que se conserve la supremacía e integridad de la Constitución y que todos los órganos del Estado se sometan a su imperio; pero, ¿puede un tribunal que no ha sido elegido de manera democrática invalidar una ley realizada por el parlamento, a quien lo ha legitimado el pueblo mismo para que haga las veces de legislador? Este es uno de los grandes interrogantes del derecho constitucional y tal como afirma el profesor Javier Pérez Royo, es un problema que no admite respuestas

* "abandonar la limitación de la anulación al caso concreto en beneficio del sistema de anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma habría de ser aplicada. Es claro que un poder tan considerable no puede aplicarse más que a una instancia central suprema". KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución". En "Escritos sobre la democracia y el socialismo". Pág. 125.

absolutas, sino únicamente relativas, muy influidas por el curso de los acontecimientos de cada país. (2007, p. 141 y ss.)

Para Kelsen la existencia de un tribunal constitucional, que revise la constitucionalidad de los actos emitidos por los diferentes entes del Estado, radica en la necesidad de someter a todos los órganos del Estado, con especial mención del parlamento y del gobierno, a la Constitución y no pueden ser ellos mismos quienes se controlen, por dos razones:

1) Porque no se puede ser juez y parte.

2) Y por su naturaleza eminentemente política.

La salvaguarda de la Constitución no puede estar sujeta a los antojos de las mayorías políticas coyunturales, la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder (Kelsen, 1999, p. 5 y ss.), paradójicamente lo que legitima que un tribunal constitucional le haga control político a autoridades elegidas democráticamente, es que el tribunal no debe actuar de manera política, sino de manera jurídica.

4. MODELO COLOMBIANO Y TIPOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

En Colombia el principio de Supremacía Constitucional se encuentra consagrado en el artículo 4° de Constitución de 1991 al establecer que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley o aquella y otra norma, deberán preferirse los preceptos constitucionales.*

* “El artículo 4° de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a estos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución –lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de la acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular”.
“Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del orden jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control de constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 40 de la

En Colombia el control de constitucionalidad no es una facultad exclusiva de la Corte Constitucional pues la jurisdicción contencioso administrativa también ejerce control de constitucionalidad de los actos administrativos, incluyendo los decretos del ejecutivo que no son competencia de nuestro tribunal Constitucional; los jueces en general, al conocer de la acción tutela; el ejecutivo, con carácter preventivo, cuando objeta un proyecto de ley por considerarlo inconstitucional y en general los servidores públicos y hasta particulares, en cumplimiento de funciones públicas, de manera excepcional, amparados por el artículo 4° de la Constitución Política de 1991, en lo que se ha denominado excepción de inaplicación constitucional; cada uno de estos controles con sus propias particularidades.

El modelo de control de constitucionalidad en Colombia es llamado por algunos autores como “mixto”, por contener elementos del control de constitucionalidad concentrado y del control de constitucionalidad difuso, pero ¿cómo puede ser algo “concentrado” y al mismo tiempo “difuso”?, se es concentrado o no se es, y se es difuso o no se es, por las características propias del caso colombiano se concluye que es un modelo confuso, inacabado e inseguro.

Las razones para calificarlo así son las siguientes:

La Constitución colombiana de 1991 ubica a la Corte Constitucional dentro de la rama judicial, al mismo nivel de otras tres altas cortes: la Corte Suprema de Justicia, máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria, El Consejo de Estado máximo órgano de lo contencioso administrativo y El Consejo Superior de la Judicatura, encargado de velar por la independencia de la rama y dirimir conflictos de competencia entre las diferentes jurisdicciones.

Que el constituyente de 1991 no haya elevado a la Corte Constitucional a la categoría real y efectiva de un cuarto poder, explica porqué esta Corporación mantendrá constantes enfrentamientos con las demás cortes y las otras dos

Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.”. Corte Constitucional Colombiana, sala primera de revisión, Sentencia T-614 de 1992

ramas del poder público, especialmente en materia de protección de derechos humanos fundamentales.

A continuación se muestran las particularidades del control de constitucionalidad en Colombia.

4.1 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE CARÁCTER PREVENTIVO POR VÍA DE OBJECCIÓN PRESIDENCIAL.

En cabeza del Presidente de la República que según el artículo 165 y 167 de la Constitución Política, en el momento de la sanción, puede objetar un proyecto de ley que ha obtenido la aprobación del parlamento, dicho proyecto deberá regresar para ser discutido de nuevo en cada una de las cámaras. Si éstas insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis (6) días siguientes, decida sobre su constitucionalidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inconstitucional, se archivará el proyecto.

Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inconstitucional, así lo indicará a la cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo.

4.2 ACCIÓN CIUDADANA DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El artículo 241 de nuestra Carta Magna, de manera expresa le entrega la guarda y cuidado de la supremacía e integridad de la Constitución a la Corte Constitucional y la faculta para realizar las siguientes funciones:

- 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.

- 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.
- Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
- 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.
- 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.
- Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
- 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.
- Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
- Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
- 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 serán 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.

Pero no es la Corte Constitucional la única autoridad facultada por la Constitución de 1991, para hacer control de constitucionalidad, pues existen otras autoridades que también realizan este tipo de control.

4.3 ACCIÓN CIUDADANA DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

En este caso ya no hablamos de “acción ciudadana de inconstitucionalidad”, sino “acción de nulidad por inconstitucionalidad”. Según el artículo 237 de la Constitución Política de Colombia, le corresponde al Consejo de Estado, máximo tribunal de lo contencioso administrativo, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

Lo que configura una competencia de carácter residual, es decir que la Corte Constitucional solo conoce de los decretos del ejecutivo con rango material de ley y que expresamente le hayan sido asignados para su revisión de constitucionalidad por la Constitución, de los demás decretos, conocerá el Consejo de Estado.

La falta de existencia de una solo autoridad en materia constitucional ha causado en Colombia inseguridad jurídica constitucional, pues si el ejecutivo quiere evitar el control de constitucionalidad de la Corte sobre una norma con fuerza material de ley, sencillamente le da el rango de decreto ordinario, para que la revisión de su constitucionalidad sea competencia del Consejo de Estado. Sucedió así con el Decreto 1382 de 2000, que repartía competencia en materia de tutela, en un momento en que era claro el malestar de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado con la Corte Constitucional por permitir que sentencias de última instancia, cayeran por sentencias de tutela.

El ejecutivo de entonces lo que hizo fue expedir un decreto ordinario, donde con una clara temeridad estableció que las tutelas contra sentencias de la

Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, debían ser instauradas ante las misma corporación^{1*}, así si se quería instaurar una acción de tutela contra el Consejo de Estado, de ella conocería el Consejo de Estado, es decir se convertía en juez y parte.

Como la Constitución colombiana en su artículo 152 establece que en caso de regulación de derechos fundamentales y sus mecanismos de protección, ésta debe hacerse por ley estatutaria, la Corte ordenó inaplicar el citado decreto, que estaba regulando un asunto de competencia de una ley especial, mientras la autoridad competente para su revisión constitucional determinaba si tal norma se acomodaba o no a los preceptos constitucionales.

La autoridad competente era el Consejo de Estado, quien declaró la constitucionalidad de la norma, estableciendo un verdadero desparpajo en la historia jurídica de Colombia.

4.4 ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Es importante resaltar que en este caso ya no hablamos de una “acción ciudadana de inconstitucionalidad”, sino de una “acción pública de nulidad”, primero porque no solo están facultados los ciudadanos, pues el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo*, faculta a “toda persona” para instaurarla,

* “Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 4° del presente decreto”. Decreto Presidencial 1382 de 2000.

* “El ART. 84: Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”. Código Contencioso Administrativo.

lo que abre las posibilidades a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras y segundo, no solo se trata de una acción de inconstitucionalidad, pues el referente no es solo la Constitución, sino también la ley e incluso normas de menor jerarquía.

La acción pública de nulidad frente a los actos administrativos, busca que cualquier persona solicite la revisión de un acto administrativo y su subsunción a las normas de mayor jerarquía, lo anterior ante la jurisdicción contencioso administrativa, respetando los factores de competencia y reparto, establecidos para el caso, con el propósito de preservar el orden jurídico existente, sobre el tema se ha pronunciado la Corte Constitucional (Sentencia C-513 , 1994).

El Consejo de Estado, máxima autoridad de lo contencioso administrativo, considera que la acción de nulidad procede no solo contra actos generales, sino también cuando existe un acto de carácter particular o individual y este contiene un especial interés para la comunidad, de tal manera que se encuentre ligado a la legalidad, mas aun cuando el interés es comunitario o colectivo e inclusive cuando tiene un alcance de contenido de trascendencia nacional sobre el desarrollo y bienestar social.

De esta manera la finalidad de la acción de nulidad del acto administrativo demandado es la tutela del orden jurídico, a fin de que aquel quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho. Esta acción se encuentra consagrada en interés general para que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría, y por ello puede ser ejercida en todo el tiempo por cualquier persona.

Dentro de las características más sobresalientes de esta acción, se encuentran, entre otras, que es pública, no tiene término de caducidad, se ejerce en defensa e interés de la legalidad, la sentencia produce efectos retroactivos, y procede contra actos de contenido general y abstracto.

4.5 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCRETO EN MATERIA DE TUTELA

El constituyente de 1991 estableció el Estado Social de Derecho como forma de organización política y jurídica del Estado Colombiano, lo que su vez exigía la existencia de un elaborado sistema de control de constitucionalidad que asegurase la eficacia de los derechos humanos fundamentales.

La Corte Constitucional, la institución de la tutela y el procedimiento de revisión eventual de los fallos judiciales que se profieran en aplicación de ella, por parte de esta Corporación, fueron establecidos por la Constitución de 1991.

La acción de tutela, Consagrada en el artículo 86* de la Constitución, es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales cuando, en el caso concreto de una persona, la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en esta última hipótesis en los casos que determine la ley, tales derechos resulten vulnerados o amenazados sin que exista otro medio de defensa judicial o, aun existiendo, si la tutela es usada como medio transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable.

Se trata, entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal, y en la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e

* "ARTICULO 86. 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 de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo 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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión." Constitución Política de Colombia.

inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales.

La protección judicial consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

La acción de tutela puede interponerse ante cualquier juez o tribunal con jurisdicción en el lugar donde hubiere ocurrido la violación o amenaza del derecho fundamental. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

Dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo de primera instancia, la parte afectada puede impugnar la respectiva decisión. El juez de segunda instancia está obligado a resolver dentro de los veinte días siguientes al día de recibo de la respectiva acción.

Todas las sentencias de tutela de segunda instancia o aquellas de primera instancia que no fueron impugnadas, se envían a la Corte Constitucional para su revisión eventual.

La Corte procede, de manera libre, discrecional y autónoma, a seleccionar las sentencias que habrá de revisar y a regresar los restantes expedientes a los despachos de origen. (Dueñas, 1998)

Una vez seleccionado el correspondiente expediente, la Corte dispone de tres meses para producir el respectivo fallo. La Corte cuenta con amplias facultades para decretar y practicar pruebas. Adicionalmente, tiene la facultad de definir la doctrina constitucional.

4.6 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCRETO POR VÍA DE EXCEPCIÓN O INAPLICACIÓN DE UNA NORMA POR SER CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN.

El artículo 4° de nuestra Carta, afirma que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra

norma, deberán aplicarse los preceptos constitucionales. Allí se establece como principio rector de nuestro Estado la Supremacía Constitucional.

La excepción de inconstitucionalidad no es una declaratoria de inconstitucionalidad. No trae consigo consecuencias en abstracto. No puede establecerse como un precedente de obligatorio cumplimiento y solo trae efectos *ínter partes*, la norma inaplicada, sigue vigente para los demás casos.

En Colombia, el mandato de inaplicar una norma por ser contraria a la Constitución, no solo recae en los jueces de la república, sino también en cualquier servidor público, así se ha señalado que “En consecuencia, la autoridad pública que detecte una contradicción entre tales normas está en la obligación de inaplicar la de menor jerarquía y preferir la aplicación de la Carta Política”. (Corte Constitucional, 1998)

Sin embargo la inaplicación de una norma, por considerarla inconstitucional para un caso concreto, es de carácter excepcional, no puede ser una rueda suelta dentro del sistema normativo y la oportunidad de unos pocos de evadir el peso de la ley, pues sería la generalización del caos y la pérdida de la seguridad jurídica.*

Este sistema debe ser complemento de los demás controles de constitucionalidad, una herramienta de garantismo y justicia, debe ser reflejo de la supremacía de la Constitución y los principios que la inspiraron, debe ser límite al poder del creador de la norma y garantía para el individuo sujeto de la misma, así lo ha expresado nuestra Corte Constitucional:

La integridad y primacía de la Constitución, consagrada en virtud del querer soberano del pueblo, es un Derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas –acción de inexecutableidad, acción de nulidad, excepción de inconstitucionalidad, acción de tutela, etc.- se concede a ellas por la Constitución con miras a vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la

* “...la estabilidad del sistema que nos rige parte de la presunción de que toda ley se ajusta a las normas constitucionales mientras no haya sido declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia (función que cumple hoy la Corte Constitucional), lo que hace que la disposición de artículo 215 de la Carta (Artículo 4° de la Constitución de 1991) sea de naturaleza excepcional y de aplicación restringida, ya que su abuso conduciría al desquiciamiento del orden jurídico”. Extracto citado por JUAN MANUEL CHARRY UREÑA, en La Excepción de inconstitucionalidad, Santa Fe de Bogotá, Edic. Jurídicas Radar, 1994, Págs. 80 a 82.

Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas. (1992)

En Colombia es evidente la imprecisión conceptual de esta forma de control que conduce lógicamente a su inutilización práctica. El desuso de la excepción de inaplicación constitucional en el país obedece a la falta de estructura jurídica de la figura, pues carece de un procedimiento reglado y unas instancias coherentes para su uso. Así mismo, existe incertidumbre a la hora de utilizar la figura, debido al grado de indeterminación del artículo 4º de la Constitución Política de Colombia, en el cual no existe un control concentrado de este precepto, lo que ocasiona inseguridad jurídica.

No se requiere menoscabar la figura de la inaplicación constitucional, al contrario, es necesario vigorizarla, pero dentro de un marco jurídico claro que le dé mayor difusión y aplicabilidad. Mientras lo anterior no suceda, el gran desarrollo conceptual de la inaplicación constitucional seguirá proviniendo de la jurisprudencia**, Colombia requiere en este sentido una gran reforma constitucional que estructure la excepción de inconstitucionalidad y la acerque a la "cuestión de inconstitucionalidad europea"^{2*}.

** "Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí". En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe. De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad según las reglas expuestas. Fluye de lo anterior con toda claridad que una cosa es la norma -para cuyo anodamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto- si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales (artículo 4º C.N.)". Sentencia T-614 de 1992. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

* En el caso alemán, el artículo 100, párrafo 1º, de la Ley Fundamental de Bonn plantea la cuestión de inconstitucionalidad (Konkrete Normenkontrolle), en los siguientes términos: "En caso de que un tribunal considere anticonstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, deberá suspenderse el proceso y si se tratase de una violación de la Constitución de un Estado

CONCLUSIÓN

Ninguna de las teorías contemporáneas del derecho desconoce la importancia de conceptos tales como Constitución, supremacía constitucional o control de constitucionalidad, hemos pasado del derecho legislado al derecho constitucionalizado.

Mucho se ha especulado del Kelsen positivista, pero que poco sabemos del Kelsen constitucionalista. No son dos Kelsen, es uno solo, lo mismo sucede con la teoría del derecho y el derecho constitucional, no son dos saberes, es uno solo.

Creo que ha llegado el momento de estudiar el derecho constitucional con la rigurosidad de la teoría del derecho y de que la teoría del derecho se preocupe más por temas constitucionales.

REFERENCIAS

- Balaguer C., M. (2001). *El recurso de inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Capelleti, M. ¿. (1986). ¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y legitimidad de la justicia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 17.
- Charry Ureña, J. M. (1994) *La Excepción de inconstitucionalidad*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar.
- Cicerón. (1975). *Tratado de la República*. México: Porrúa.
- Colombia. Corte Constitucional. (12, 05, 1992) Sentencia T-006. M.P. Cifuentes, E.

se recabará el pronunciamiento del Tribunal regional competente en litigios constitucionales, o la del Tribunal Constitucional Federal si se trata de una infracción de la presente Ley Federal. También regirá esta norma cuando se trate de la infracción de la presente Ley Fundamental por el derecho regional o de la incompatibilidad de una ley regional con una ley federal.”

En el caso español, el artículo 163 de la Constitución precisa que: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contrario a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

_____. (1992). Sentencia T- 614. M.P. Hernández Galindo, J.G.

_____. (1,04,1993). Sentencia C-131. M.P. Martínez Caballero, A.

_____. (16, 11, 1994). Sentencia C-513. M.P. Barrera Carbonell, A.

_____. (6, 10, 1998) Sentencia T-556. M.P. Hernández Galindo, J.G.

Dueñas, R. O. (1998). *Acción y procedimiento en la Tutela*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Kelsen, H. (1999). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.

Lambert, E. (1921). *El Gobierno de los Jueces*. París.

Loewenstein, K. (1983). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.

Pérez Royo, J. (2007). *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A.

Sentencia Madison vs Marbury (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América 24 de Febrero de 1803).

Sófocles. (1964). *Antígona*. Ciorda.