

TEMA A: EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS EN COLOMBIA ANTE EL DERECHO COMPARADO

MANUEL GAONA CRUZ †
Profesor Titular de Derecho Público y
Magistrado de la Corte Suprema de Co-
lombia (Sala Constitucional).

I. LOS PRESUPUESTOS INSTITUCIONALES Y DOCTRINARIOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. EL TRANSITO DEL "ANTIGUO REGIMEN" AL ESTADO DE DERECHO

1. Para la época de "L'Ancien Régimen", habíase consolidado con aplastante crudeza política el aforismo de etiología romanista que desataba de todo compromiso jurídico al monarca frente a sus súbditos, y que expresaba: "Principis Legibus solutus est",¹ es decir, "El Príncipe (o el Soberano) está suelto de la Ley".

Con él se buscaba significar, y llegó a impregnarse así en la conciencia de la mayor parte de los gobernados, que el Soberano no está atado por el derecho sino suelto o "absuelto" del imperio de éste, pues es aquél su fuente y razón de ser; el que lo hace y lo deshace, el que lo otorga o declara abolido, por su sola y suprema voluntad. El Soberano o Príncipe era o estaba, por lo tanto, "absolutus". Tal es precisamente la explicación etimológico-doctrinaria del "Absolutismo Monárquico", o de la Soberanía del Príncipe.

1. Cfr. vgr., Bodin, Jean: "Los Seis Libros de la República" (1576), citado por Chevalier, Jean-Jacques, en *Les Grandes Oeuvres Politiques de Machiavel à nos jours*, Paris, 10ª éd., Libraire Armand Colin, pp. 43-44.

Fue uno de ellos, Luis XIV, el que acuñó el clásico principio que caracterizó aquella época, al exclamar: "L'Etat c'est moi". Y el autor Max Seydel, nos aproximó más a su sentido al hacer ver que el Príncipe era la fuente del derecho y no éste la de la competencia de aquél, cuando dijo: "el poder del Rey no existe en virtud de la Constitución, sino está en virtud del poder real".²

2. Siglos más tarde, luego de haberse consolidado las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa; después de quedar limitados o derrocados los príncipes; cambió el Soberano, pero no la necesidad de preservarlo, como justificación legitimante de la potestad de "constituir" la sociedad política y de hacer el derecho.

A partir del implantamiento del Nuevo Régimen, donde quiera que hoy opera el Estado de Derecho, la Soberanía ha seguido significando esencialmente lo mismo que antes: la potestad de estar absuelto o desatado del derecho y de ser el titular suprajurídico para hacer y deshacer la Ley de leyes y las demás. Se produjo entonces solamente una sustitución del titular de la Soberanía, pero no la desaparición o modificación de su significado ni de su necesidad: en adelante no se llamaría más el Príncipe, sino que sería el Pueblo (Rousseau), o la Nación (Constitución colombiana: artículo 2º), o el Pueblo Representado (Constitución venezolana: artículos 3º y 4º), o el Pueblo Nacional (Constitución francesa: artículo 3º).

Comenzó además desde entonces a hacerse la distinción entre el Soberano y el que en su nombre ejerce la Soberanía, o representante del Soberano. Y hoy, en todas las latitudes donde se encuentren instituidos los "regímenes constitucionales", el representante esencial del Soberano es el Parlamento, y, por consiguiente, los actos jurídicos que éste expida, "the Parliament Acts", o sea las leyes, son la expresión jerárquica máxima del ordenamiento jurídico, y, entre éstas, la suprema es la Ley Fundamental o Ley de leyes, es decir, *la Constitución*.

2. COMO HA DE ENTENDERSE LA CONSTITUCION

Pero hoy la Constitución tiene no sólo un significado jurídico, sino además político, e ideológico.

Son tres las nociones confluyentes al concepto integrado de Constitución, señaladas por el tratadista Julien Freund, de cuya clasificación,³ más que de

2. Citado por Sanin Greiffenstein, Jaime. "*La Defensa Judicial de la Constitución*", Bogotá, Temis, 1971, p. 13.

3. *Cfr. Freund, Julien: L'Essence du Politique*, Paris, Sirey, 1965, pp. 340-360.

su contenido, me valgo en este ensayo: la Constitución Política, la Constitución Jurídica y la Constitución Ideológica, del Estado.

Se hará un examen separadamente, aunque con propósito, obviamente, concurrente al concepto de Constitución.

Veámoslas:

A) *La Constitución Política*

1. Ontológicamente, constituirse, es darse el ser; biológicamente, es conformarse; políticamente, es crear la organización social y política, armar la unidad política, llamada hoy Estado.

Sobre ella Freund comenta lo siguiente:

Todo lo que forma cuerpo está necesariamente constituido... La Constitución Política, tal como nosotros la entendemos aquí, no tiene necesidad de norma superior que garantice su validez, pues ella se justifica por el hecho de su propia existencia como cuerpo político, como *potestas constituta*. En consecuencia, *una colectividad política no recibe la existencia en el momento en que ella se da una Constitución, sino que ella sólo puede darse una Constitución desde cuando exista como unidad independiente.*⁴

En otros términos, la sociedad primero es política y luego es jurídica; ella *primero se constituye y luego se instituye*. Así entendida, la Constitución Política presupone la potestad (potestas), suprajurídica y sobrepositiva, de decidir sobre la conformación existencial u ontológica o sobre la manera de darse cuerpo el ser social y la unidad política.

2. En opinión de algunos la Constitución Política sólo comprende al Estado como unidad política y no al ser social. Para los marxistas no existe aquélla sino sólo la Constitución Social, pues a su entender la primera es producto de un artificio que niega la naturaleza humana y aliena al hombre. Lassalle sólo admite que la Constitución Política corresponde a "los factores reales de poder" y no a los enunciados institucionales.

Para Maurice Hauriou y para Georges Burdeau prevalece o antecede la Constitución Social respecto de la Constitución Política. No obstante, los dos insignes autores identifican la Constitución Política con lo que en este ensayo se denomina la Constitución Jurídica.⁵ Por lo tanto el desacuerdo es aparente y resulta apenas de una penuria de terminología.

En efecto:

Según el Maestro Hauriou, el modelo de Constitución es la Constitución

4. Freund, Julien, *op. cit.*, pp. 340-342.

5. V. *infra*, Cap. I, Sección Segunda, letra B).

Política consuetudinaria de los anglosajones, a la que él califica de "Constitución Social", cuando dice:

Desde muchos puntos de vista, la Constitución Social de un país es más importante que su Constitución Política.

Nadie más que los anglosajones insisten sobre esta verdad; ellos declaran que sus constituciones políticas no están hechas sino para la garantía de sus libertades individuales, de las que ellas no son sino su prolongación (Common law)...

...

Y agrega:

No habrá seguridad para nuestra Constitución Social, «en tanto que nosotros no hayamos conquistado (la garantía de la)... *institución del control de constitucionalidad de las leyes*, que le recuerda de manera continua al órgano político más poderoso del Estado, es decir al Parlamento, su dependencia frente a las bases de la Sociedad Privada...»⁶ (subraya del autor).

Y el profesor Burdeau, asevera:

La Constitución Social preexiste a la Constitución Política y, eventualmente, le sobrevive. Ella ofrece además un carácter de espontaneidad que no presenta al mismo grado la Constitución Política, siempre artificial y voluntaria por algunos aspectos...

...

Lo que se denomina Constitución Social se aplica a una cierta manera de ser de la sociedad; la Constitución Política concierne al Estado. La una comprende las tendencias, tradiciones, usos morales, sociales, económicos; la otra no comporta sino reglas jurídicas...⁷

3. Pero déjase aquí en claro que la Constitución Política, o si se quiere Sociopolítica, es *supra* y prejurídica, y por tanto, distinta de la Jurídica, y que, de otra parte, el Estado, como unidad política, no es únicamente una institución jurídica. Pues la corporeidad existencial de la colectividad humana unificada y organizada políticamente "es" su constitución sociopolítica, o política a secas (ya que ésta presupone lo social), y corresponde a su identidad ontológica, pero no a las reglas jurídicas emitidas para su preservación institucional. Es, además, perenne, es decir de perdurabilidad igual a la de la unidad política misma que ha sido constituida, e independiente por lo tanto de las "formas" jurídicas e institucionales que determinan, de acuerdo con los cambios sociales y temporales, su morfología y su dinámica.

6. Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris, 2ª ed., Sirey, 1929-1965, pp. 611-612.

7. Burdeau, Georges, *Traité de Science Politique* (8 T.), T. IV: "Le Statut...", Paris, 2ª ed., L.G.D.J., 1969, pp. 9-10.

B) *La Constitución Jurídica. Constitución Escrita y Consuetudinaria.*

1. En cambio, la Constitución Jurídica (o la noción jurídica de Constitución), es de menos alcance y entidad, apunta a un objetivo menor, y es consecuencia de la Constitución Política. Ella no es, en rigor semántico, "constitutiva" de la unidad política, sino apenas "declarativa" o formalizadora de la decisión política que la estableció. Es como afirma Freund, "reguladora, pero no formadora de la colectividad política".⁸ Es postpolítica.

2. La noción de constitución jurídica corresponde al objeto esencial del Derecho Constitucional, es decir, a la codificación positiva suprema del orden institucional de la unidad política denominada Estado. Como normación regulativa positiva es el punto máximo de referencia de la validez y eficacia del orden jurídico, en cuanto reglado y coactivo, así ella no sea escrita, pues hay otras formas de positividad distintas de la escrita (como por ejemplo la que estatuyen los jueces en el "sistema judicial" en relación con las normas llamadas consuetudinarias).⁹

En ella se encuentran consagrados los principios jurídicos obligatorios esenciales para la organización del Estado, que reflejan el orden social; se señalan los órganos instituidos del Poder, se distribuyen sus competencias y se determinan sus formas de interdependencia orgánica y de interrelación funcional; se prescriben los mecanismos de vinculación e investidura de los gobernantes y agentes de la organización política, sus funciones, deberes, atribuciones y facultades; se reconocen los derechos, garantías, facultades y deberes de los gobernados, y se precisan las relaciones esenciales entre éstos y aquéllos.

a) *La Constitución Escrita*

Pero además, por ser en la Constitución Jurídica donde se determina quién hace la ley, quién la deroga o modifica, y quién tiene la competencia de su invalidación o no, ella recibe también la denominación de Ley de leyes o "*Ley Fundamental*" (*Grundgesetze*). Por lo cual, generalmente, aunque no necesariamente, es de forma escrita.

8. Freund, Julien, *op cit.*, p. 347.

9. Entre nosotros, los cultivados en la organización grecolatina del denominado sistema jurisdiccional, distinto del judicial, se ha vuelto coextensivo o sinónimo del derecho positivo, sin serlo, el derecho legal escrito, no obstante que lo que determina la positividad es la naturaleza coactiva de lo jurídico (sea jurisprudencial, legal o consuetudinario) y no su carácter exclusivamente legal, escrito o no. Al derecho positivo no se contraponen, pues, el derecho judicial, ni el derecho consuetudinario que son especies suyas, sino únicamente el derecho natural, o "derecho sobrepositivo".

b) *Constitución Consuetudinaria y Sistema Judicial*

Por excepción, en Inglaterra y en algunos otros países de organización similar a la anglosajona, la Constitución es consuetudinaria, lo cual no significa que no exista la Constitución Jurídica, ni que ésta no resulte obligatoria política y jurídicamente.

Nadie desconoce que frente a la tradición institucional británica, madre de los demás "regímenes constitucionales", la Carta Magna de 1215, o la Gran Carta de 1225, o la Carta de Derecho de 1688, o el Acta de Establecimiento de 1701, tienen un tiempo de duración y un ropaje de solemnidad de mayor trascendencia y amplitud que tantas constituciones de otros países. Acaso esos indelebles documentos sean la Constitución Escrita de Inglaterra, y, sin duda, forman parte de su Constitución Jurídica. Lo que acontece es que la Constitución inglesa no es rígida, por cuanto el Parlamento puede derogar o modificar teóricamente aquellas declaraciones orgánicas y de principios mediante una simple ley. De ahí por qué se considere que la Supremacía del Parlamento inglés es absoluta (o está absuelta de la constitución y de la ley), y se haya afirmado desde el siglo XIX, a partir de Walter Bagehot, que "el Parlamento puede hacerlo todo, menos convertir una mujer en hombre o viceversa".¹⁰

Pero de inmediato surge esta pregunta: ¿Quién puede, en cambio, afirmar válidamente que alguien pueda convertir o suprimir el Parlamento inglés, sin violar la Constitución de Inglaterra? ¿Cómo sostener que el parlamento, los jueces, el gabinete o el monarca no son instituciones constitucionales en ese país? Y si la llamada Constitución consuetudinaria inglesa es teóricamente flexible o fácil de reformar, en la práctica es la más antigua e incólume de las Constituciones Jurídicas del planeta, lo cual demostraría entonces que la solidez institucional no depende de la rigidez impuesta para su revisión.

Acontece además que en Inglaterra, y en general en los países donde opera el "Sistema Judicial",¹¹ como en los Estados Unidos de Norteamérica, la Constitución Jurídica no es solamente la declaración solemne escrita de sus grandes principios históricos de organización y de libertad, sino que se vigoriza y actualiza por lo que sus jueces digan que ella es. *El Sistema Judicial* significa que el vigilante cotidiano de la vigencia permanente de la Common Law, su impulsor y adaptador, según los tiempos y las costumbres, es el juez; éste es el que allí crea derecho, el *pretor social*, el *nódulo vital de la vigencia del orden jurídico*, y no sólo el subalterno del mandato legal, como suele suceder

10. Cfr. Abraham, J., *Judicial Process*. Oxford, Ed. Oxford University, 1962, p. 260. quien le atribuye la paternidad de la conocida frase al citado personaje.

11. Sobre "Sistema Judicial". cfr. David, René, *Les Grands Systemes de Droit Contemporains*, Paris, 3^a éd., Dalloz, 1969, p. 378, ss.

en el sistema grecolatino o "jurisdiccional", en donde el juez tiene que ceñirse básicamente a interpretar, aplicar, declarar, y decir el derecho escrito creado por otros (*iuris dictio*).

Y aún en aquel sistema, los jueces han hecho una distinción esencial e ineluctable, a saber, la de que: desde los albores de la Monarquía Limitada, según la fórmula de Lord Edward Coke,¹² entre la "Common Law" o Derecho Común Fundamental, y la "Statutory Law", o derecho legal ordinario o secundario, el juez siempre le ha dado "prevalencia" en su aplicación a aquél sobre éste, o si se prefiere, el juez siempre ha desaplicado o inaplicado las normas o las costumbres contrarias al Derecho Fundamental o Constitución Jurídica de la Common Law. De ahí nació precisamente el "judicial review of the constitutionality of legislation", de los jueces norteamericanos concentrados por el principio del *stare decisis* (estar a lo precedentemente decidido) de la Corte Suprema Federal, al que algunos denominan erróneamente (como se verá), sistema "difuso"; el cual opera en forma distinta en Inglaterra simplemente porque en ésta la Constitución no es rígida como en Norteamérica.

C) *La Constitución Ideológica. El derecho a la Constitución y el Constitucionalismo*

1. En tercer lugar, fuera de las nociones política y jurídica de Constitución, a las que se ha hecho precedente referencia, ésta tiene un significado doctrinario o ideológico. En los "régimenes constitucionales" ella corresponde axiológicamente al Estatuto del Contrato Social y del Pacto Político entre el Titular de la Soberanía y sus representantes, cimentado en la filosofía demoliberal del Estado y del Derecho.

En rigor doctrinario, el "Constitucionalismo" significa que la Constitución en un instrumento de la libertad y que el derecho a la libertad es el derecho a la Constitución. Así de elemental, y así de trascendental.

De esta manera, considero que la nuestra es una época en la que se ha *soberanizado* la propia Constitución, es decir, en la que, por vez primera, el Derecho se ha convertido en instrumento no solo válido y eficaz, sino también legítimo, de limitación o ceñimiento a quien ejerce el mando, esto es, el gobernante instituido o al representante del titular de la Soberanía, por lo cual ninguno de aquéllos podrá válidamente estar "suelto" o "absuelto" de la Constitución.

2. Pero a mi juicio el Constitucionalismo significa también que el Soberano (pueblo o nación), ha decidido políticamente que sus representantes y

12. Citado por Cappelletti, Mauro. *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, México, UNAM, 1965, pp. 28-29.

los agentes instituidos del Estado y del gobierno tienen que actuar conforme a la Constitución, que ésta ha de ser entonces no sólo el trasunto ideocrático esencial y el estatuto doctrinario fundamental de la libertad, sino además la expresión normativa originaria y coherente, racionalizada y sistemática, suprema y monopolística, de la organización estatal y del reparto y manejo debido del Poder; y que, por lo tanto, en ella misma han de preverse y diseñarse las instituciones, los mecanismos y los procedimientos eficaces de control y de sanción de invalidación de los actos jurídicos que atenten contra sus principios orgánicos o doctrinarios, y por ende contra la atribución de guarda de su integridad y vigencia a que tienen derecho los gobernados.

3. *Sólo el derecho a la Constitución es el que justifica, explica y exige la vigencia del sistema de control de constitucionalidad de los demás actos jurídicos.* Y como ese derecho es consecuencia de una ideologización de la Constitución misma, dicho control se legitima por su etiología doctrinaria y no simplemente por su institucionalización mecánica, y significa que la propia Constitución se ha soberanizado o absolutizado, es decir, que ella está absuelta del resto de leyes y normas jurídicas, las cuales deben precisamente a aquélla su razón, validez, eficacia y legitimidad.

Pensar así, parece ilógico, pues no hace falta agudeza para preguntar entonces: ¿Quién garantiza que la Constitución está acorde con la axiología social o que corresponde al querer colectivo predominante sobre el deber ser político y jurídico de la organización? Sin embargo, se responde simplemente que cuando la Constitución ya no corresponda a los principios doctrinarios y sobrepositivos del "Estado de Derecho" o del "Constitucionalismo", es porque ella ha dejado de existir como tal y que el examen fenomenológico consecuen- cial de su inexistencia no es elusivo, sino que atañe a la esfera de la Ciencia Política o de la Sociología, y no a la jurídica ni a la ideológica, que son las que explican la razón de ser del control constitucional.

Es decir, lo que en sentido doctrinario consolida la legitimidad de la Constitución y la necesidad institucional de controlar e invalidar los actos que atenten contra ella, se apoya en que las normas de creación y revisión de la Constitución misma, han de corresponder a su razón de ser y no podrán válidamente ir en su contra.

El hecho se reduce entonces a una respuesta autárquica de valor ideológico y significa que cuando la Constitución no garantice los derechos y libertades que justifican y explican su existencia, o la vigencia y autonomía de las instituciones encargadas de hacerla respetar, ya no hay supremacía constitucional, ni Constitución Ideológica, ni por lo tanto, Constitución en el sentido inte-

grado que hemos desarrollado aquí, sino acaso Constitución Política, y Jurídico-Semántica,¹³ mas no Real ni Legítima.

Y esta respuesta no es de ahora sino de vieja data, pues viene de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada para todos los Estados de Derecho desde 1789 en Francia, y que dice:

Artículo 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, *no tiene Constitución.*¹⁴

3. LA SOBERANÍA, EL PODER CONSTITUYENTE Y LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION

A) *La Soberanía*

Formalmente, en el Estado de Derecho, según lo ya expresado, la fuente de la Soberanía es la "nación", el "pueblo" o el "pueblo nacional".

Pero acontece que la Soberanía es ante todo un fenómeno político-doctrinario y no sólo jurídico, por lo cual ella no puede ser explicado del todo, ni por ende comprendida, en términos exclusivamente jurídicos.

De acuerdo con lo examinado en las dos Secciones anteriores de este Capítulo, describo la *Soberanía como una potestad o potestas absoluta, exclusiva, indivisible, originaria y suprema, de ejercer el mando, de hacer y desbacer el derecho y de atribuir e instituir el poder, conforme a una ideología que la legitima y consolida y en la que se sustenta su razón de ser.*

Explicuemos los elementos de la definición:

1. Como *Potestad*, la Soberanía presupone que quien sea su titular no está limitado por otro para poder actuar sino que él es la fuente de ese poder. Lo potestativo no se otorga ni se atribuye sino que simplemente se reconoce y obedece, por convicción, por resignación o por sometimiento. La potestad es la virtualidad fáctica del mando y no la simple facultad e investidura otorgada de poder. Es el predominio o *summum imperium* sobre el grupo social. Es la aptitud o capacidad virtual para "hacer hacer" u ordenar a otros que hagan. Max Weber la define como "toda posibilidad de hacer triunfar la propia vo-

13. En cuanto a la expresión de "Constitución Semántica", o formal, es decir, meramente enunciativa, pero no correspondiente a la realidad social y política donde ella se aplica, Cfr. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 153.

14. Cfr. Duverger, Maurice, *Constitutions et Documents Politiques*, Paris, Themis, 1966, p. 3.

luntad sobre la de los demás en el seno de una relación social, así fuese contra las resistencias, sin importar sobre qué repose esa posibilidad".¹⁵

2. En cuanto *Absoluta*, significa según lo ya expresado, que el Soberano se halla "absuelto o desatado" de lo jurídico. Es *Exclusiva* por cuanto no es compartible, pertenece al campo de la decisión y no al de la deliberación. Por lo tanto es también monolítica o *Indivisible*, o sea, monocrática (que no es igual a decir, autocrática o arbitraria). Es además *Originaria*, ya que su etiología no deriva de ningún otro, pues si así fuese el Soberano sería aquél de quien deriva, y es por lo tanto, *Suprema*.

3. La Potestad así cualificada lo es *para ejercer el Mando*, es decir, para hacerse obedecer, tanto por quienes reciben la investidura o facultad del poder o para "poder actuar" o "gobernantes" y representantes del Soberano, como por los gobernados. El Mando, en términos políticos, corresponde a la potestad constitutiva de la organización política o constitución política de la sociedad.¹⁶ En tanto que el "Poder" no es potestad sino apenas atribución otorgada por el que ejerce el mando. El Poder es un atributo permisivo de competencia otorgada por el que tiene el Mando, por lo tanto no es tanto político, cuanto más bien, y ante todo, jurídico.

4. La Potestad lo es también de *hacer y deshacer el derecho*, por cuanto, siendo el Soberano "Absoluto" o absuelto del derecho, es su fuente, es el que lo hace y lo deshace.

5. Y, obviamente, es entonces el Soberano el que *atribuye e instituye el Poder*, es decir, el que concede la posibilidad (*possum*), de repartir competencias, facultades y atribuciones, incluso la competencia de revisión de la Constitución (o "poder constituyente instituido"), o el permiso para "poder" ejercerla.

6. Claro está que, el Soberano, aunque políticamente es ilimitado, y jurídicamente absoluto, sin embargo, ideológicamente, conforme a la doctrina que oriente la razón de ser de la organización política constituida y jurídica instituida, *está limitado por los principios "suprapositivos" de la ideocracia y de la libertad*, es decir, por el sentir axiológico predominante, o por los valores éticos, de los gobernados en torno del deber ser del poder y del derecho.

La "Autoridad" o "*Auctoritas*" (de "Augere", Acrecer), es así, la que acrecienta, consolida, justifica y torna legítima la acción del Soberano y de

15. Weber. Max, *Le Savant et le Politique* (o *El Científico y el Político*), Paris, Plon. 1969, p. 195.

16. V. *supra*, Cap. I, Secc. Segunda, letra A).

sus representantes y gobernantes instituidos.¹⁷ Es en este sentido en el que se ha afirmado arriba que en los regímenes constitucionales o del "Constitucionalismo", la propia Constitución, en la que se han consagrado aquellos principios, se ha soberanizado.¹⁸

B) *Potestad Constitutiva y Poder Constituyente*

En consecuencia, a esta altura de lo expuesto, ya se puede hacer un correctivo sustancial a la clasificación conceptual tradicional de los juristas que distinguen sin mayores preocupaciones históricas, semánticas o doctrinarias, con un criterio básicamente positivista, entre *Poder Constituyente Originario*, de una parte, al que califican como el Soberano que elabora la Constitución y señala al que ha de reformarla, y, de la otra, *Poder Constituyente Instituido*, o derivado de aquél, al que catalogan como poder político máximo dentro de la organización jurídico-constitucional del Estado, limitado en teoría pero no en la práctica, encargado como representante del Soberano de revisar la Carta según las pautas que en ésta se tracen.¹⁹

Naturalmente, esta distinción se apoya únicamente en la noción jurídica de Constitución, sin atender las de Constitución Política e Ideológica. Confunde además el Mando o potestad política constitutiva, con el Poder o facultad jurídica instituida por el titular de aquél para expedir actos de revisión constitucional.

17. Sobre el significado de las expresiones: "*Mando, Potestas, Macht*", como categorías políticas, distintas de las jurídicas de "*Poder Possum, Herrschaft*", y todas ellas diferentes de las axiológicas o ideológicas de "*Autoridad, Auctoritas, Legitime Herrschaft*"; confróntese la obra escrita en francés por el profesor y tratadista italiano Passerin D'Entreves, Alessandro, *La Notion de L'Etat*, Paris, Sirey, 1969, pp. 3-16.

Curiosamente, a las primeras acepciones (mando, potestas...), corresponde la noción de Predominio o "Fuerza", propias de la concepción "sociopolítica" de la organización social, y a la que atrás denominé como "Constitución Política"; respecto de las segundas (poder, possum...), encuentro su conexidad con la noción de "Legalidad", propia de la escuela "jurídica", coextensiva con lo que anteriormente catalogué como "Constitución Jurídica"; y, en relación con las terceras (autoridad, auctoritas...), éstas coinciden con la noción sociodoctrinaria de "Legitimidad", sinónima de lo que ya arriba se expresó que era la "Constitución Ideológica" (V. *supra*, Sección Segunda).

Desde otra óptica, además, se destaca que frente a la posición "iurispurista" de Kelsen, la fuerza o potestas es "la eficacia"; el poder y la legalidad equivalen a "la validez", y, la autoridad o legitimidad corresponden a lo metajurídico o al "iusnaturalismo", ético pero no jurídico.

18. V. *supra*, Cap. I, Secc. Segunda, letra ordinal C).

19. Sin hacer mención de los innúmeros autores extranjeros que participan de esta tesis, es suficiente para los propósitos de este ensayo mencionar que en Colombia se expresan en igual sentido todos los tratadistas de Derecho Constitucional. Al respecto destaco como ejemplos de dicha tendencia las obras especializadas del profesor Sachica, Luis Carlos: *El Control de Constitucionalidad y sus mecanismos*, Bogotá, Simón Bolívar, 1978, p. 43 y ss., y *Esquema para una Teoría del Poder Constituyente*, Bogotá, Temis, 1978, pp. 3, 16 y 70.

Esta tesis que aprecia bajo similar punto de mira tanto la potestad de establecer como el "poder" de revisar la Constitución es la que ha servido de sustento esencial al veto u obstaculización excesiva, según las tendencias, de la práctica institucional del control constitucional de invalidación de los actos que atenten contra la Carta Política, ya que apenas lo reconoce como mecanismo positivo circunstancial y contingente, pero no como pieza orgánica imprescindible de garantía y guarda de la vigencia constitucional. Con ella los intérpretes formalistas de su sentido son dados a expresar que el control constitucional de anulación no puede ir contra el Soberano, y que como éste es el Parlamento, tanto para revisar la Ley de leyes o Constitución Jurídica, como para hacer o revisar las demás leyes, es decir, tanto como Poder Constituyente instituido como en calidad de Legislador, se llega a la fácil pero errónea conclusión de que revisar la Carta o hacer la ley son actos de soberanía y no de competencia otorgada por el Soberano, que no pueden ser cuestionados por un simple acto anulatorio de jurisdicción; por lo cual sólo se acepta a regañadientes y con excesivas limitaciones, el control de constitucionalidad por un cuerpo político y no el judicial, y únicamente respecto del legislador y no del constituyente, en lugar de admitir el control judicial completo, o sea, sobre los actos de éste y de aquél; o quizás aún, se instituya el control judicial de los actos del Parlamento, pero apenas como legislador y no como constituyente, así se infrinjan por éste los rígidos procedimientos exigidos para la revisión de aquélla.

El autor francés J. Barthelemy, enemigo acérrimo del control judicial de constitucionalidad, al que denominaba "gobierno de los jueces", al respecto expresaba: "Es el Parlamento el que juzga la conformidad de su obra con la Constitución"... y no los jueces.²⁰

En realidad, no existe "Poder Constituyente Originario", pues si originario fuese, no estaría instituido, ni sería poder, sino mando o *potestad constitutiva*. El Soberano es el que tiene la potestad suprajurídica de hacer o dar la Constitución, es decir, la "potestas constituta" de la sociedad política. Es éste el conformador otorgante de la unidad política y de las atribuciones jurídicas, el que instituye la competencia de revisión de la Constitución y el que señala las condiciones de validez para efectuarla, o sea, el que organiza jurídicamente el "Poder Constituyente". *Quiere ello entonces decir que todo poder constituyente es jurídico, instituido y derivado, y significa apenas atribución otorgada por el Soberano para "poder" actuar.*

O sea que si el poder instituido para revisar la Constitución de conformidad con los formalismos o rituales rígidamente establecidos de competencia, procedimiento, modo y tiempo, llega a aprobar o expedir en forma irregular

20. Cfr. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 38.

actos de revisión, o si quien hace las veces de constituyente es distinto del instituido, no habrá reforma sino violación de la Constitución, y esos actos deberán invalidarse.²¹

Carl Schmitt, paradigma doctrinario de la llamada escuela "decisionista", llegó a afirmar que "el soberano es el que decide de la situación excepcional... , puesto que por definición la legalidad ignora las situaciones excepcionales, por ser un sistema de normas y de reglas y no ser un fin en sí misma..."²² sin embargo, acepta el principio de la limitación al poder constituyente cuando expresa:

"Que la Constitución puede ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento".

Y más adelante agrega:

"El acto de dar la Constitución es cualitativamente distinto del de reformarla, es decir, revisar 'las leyes constitucionales' contenidas en el texto, porque en un caso se entiende por Constitución la decisión de la totalidad y en otro, la ley constitucional".²³

C) *La Supremacía e integridad de la Constitución y el Poder Constituyente de invalidación*

Pero el derecho supone además de su validez y su legitimidad, su eficacia, es decir, su imperio coactivo preventivo, o su regulación conminatoria coercitiva de sanción por su incumplimiento. Por lo tanto el Soberano ha instituido en la Constitución no sólo un poder constituyente de revisión, sino también *un poder constituyente de anulación* de actos expedidos por aquel en forma irregular o por organismos o agentes no instituidos para revisarla.

En tal sentido sustenté mi "aclaración de voto"²⁴ en relación con la parte motiva o considerativa de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 2 de octubre de 1980, mediante la cual la Corporación se declaró

21. Con fundamento en la rigidez constitucional exigida al constituyente para revisar la Carta, y una vez establecido que dicha exigencia no se respetó, la Corte Suprema de Justicia de Colombia declaró contrario a la Constitución el Acto de Revisión N° 1, de 1979, mediante fallo del 3 de noviembre de 1981, en virtud de demanda que había presentado como ciudadano el autor de este ensayo junto con otros cuatro colegas.

22. Cfr. Freund, Julien, *op. cit.*, pp. 124-125.

23. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Méjico, Editora Nacional, 1966, p. 30.

24. La "aclaración de voto" en la Corte respecto de fallos de constitucionalidad (exequibilidad o ejecutabilidad), se emplea cuando el magistrado está de acuerdo con la parte resolutive de la sentencia, pero no con la motivación. En cambio, cuando el desacuerdo es respecto de la resolutive, se produce "salvamento" o "salvedad de voto".

inhibida para decidir sobre la disposición demandada, que formaba parte del Preámbulo de la Constitución Nacional.²⁵

Afirmé entonces, y aquí lo prohijo para los efectos de este ensayo, lo siguiente:

"1. Considero que la Corte Suprema de Justicia sí ejerce por mandato de la Constitución, un verdadero *Poder Constituyente de convalidación o de anulación*, según declare o no exequible (ejecutable) una norma constitucional, pero sólo por 'vicios de forma' y no porque sus disposiciones contraríen su ideario ni el Preámbulo, y que, ese poder, atribuido al máximo organismo de guarda de la supremacía e integridad constitucional, *no significa el ejercicio de una potestad política, sino apenas el desempeño de una facultad o función de naturaleza jurídica*, por lo cual no resulta incompatible con su función.

Y agregué más adelante:

"..."

"3. *En consecuencia, el presupuesto del control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos jurídicos que ejerce la Corte, estriba en que la nuestra es una Constitución escrita y rígida; pues si ésta no fuere escrita o si siéndolo no exigiere procedimientos y mecanismos especiales y rigurosos de competencia, tiempo y mayorías para su revisión, no sería posible ejercerlo formalmente, sino apenas en sentido material y sólo respecto de actos que no tuvieran procedencia constituyente o legislativa.*

Por lo mismo, *el control constituyente de anulación que ejerce la Corte no es político sino apenas jurídico o instituido*".

4. Es indefectible la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer sobre demandas contra actos de revisión constitucional y para declarar inconstitucionales los intentos de revisión irregular que atenten contra la Carta, por vicios de procedimiento o de trámite en su formación, es decir, "por vicios de forma", pues aquélla es la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y debe poder válidamente anular los actos que, en vez de revisarla, la infringen, por no haber cumplido el mecanismo prescrito para su discusión, aprobación y expedición. De no, las regulaciones de forma contenidas en la Carta para su debida revisión se tornarían inocuas o inoperantes por carencia de sanción de anulación de los actos que las transgredan. *Sería entonces flexible y no rígida la Carta.*

5. Sin embargo, con el mayor comedimento, manifiesto que el poder jurídico de anulación o convalidación de actos constituyentes, denominados "*le-*

25. Cfr. en revista *Foro Colombiano*, Bogotá, Año 12, T. XXII, N° 136, octubre de 1980, pp. 358 y ss.

gislativos", que la Constitución otorga a la Corte, no equivale a tener la potestad política y suprajurídica de juzgamiento del ideario o de la doctrina sobre el establecimiento o la revisión de la Constitución, ni tampoco lo absorbe o comprende. Uno y otra son distintos: *la Corte sólo tiene la competencia jurídica de anulación formal mas no la potestad política de derogatoria material de las disposiciones constitucionales*. La anulación formal de un acto legislativo irregular por parte de la Corte no es una decisión de soberanía (o política), sino de competencia asignada por el soberano (o jurídica):

a) Una es la potestad soberana y prejurídica de "*establecer la Constitución*", que no conoce límites jurídicos o de forma, por ser política, que acaso sólo tenga restricciones de legitimidad por razones doctrinarias o éticas mas no jurídicas, y que corresponde a la POTESTAD CONSTITUTIVA, ontológica o conformadora de la unidad política, del Estado; a la que algunos denominan en forma coextensiva, sin serlo, "*el poder constituyente originario*", y afirmo que sin serlo porque el "*poder*" no es potestad originaria sino apenas atribución otorgada, instituida jurídicamente, por quien tiene la potestad virtual o el "*mando*", es decir, la posibilidad real de atribuirlo. En estricto sentido: *el poder es jurídico, no político; sólo el mando es político o suprajurídico*.

b) Otra es, frente a aquella potestad, la "*facultad*" atribuida (*possum*), la competencia instituida, por ende jurídica, es decir, "*el poder*", de reformar o revisar la Constitución; esa sí, y sólo esa, "*poder constituyente derivado o instituido*" de modificar la Constitución, que, entre nosotros, está sometida a restricciones de procedimiento, competencia y tiempo para realizarla válidamente; pero que, a mi juicio, tampoco está sometida a restricciones de contenido o de doctrina, *pues aunque el poder de revisión esté instituido y sea rígido, no es hermético. Supone respeto a las formas de revisión, pero no a su doctrina*.

c) Y otra aún la de la Corte, que como organismo instituido para guardar la supremacía e integridad de la Constitución, ha sido encargada por ésta, *como poder constituyente de anulación o de convalidación*, para decidir sobre la validez formal o jurídica de sus preceptos por vía jurisdiccional, con fuerza general o "*erga omnes*", sin que esta función sea incompatible o coetánea con la del poder constituyente de revisión constitucional, o implique tampoco potestad política o supraconstitucional, sino únicamente facultad jurídica".²⁶

26. Gaona Cruz, Manuel: en Revista *Foro Colombiano*, octubre de 1980, *idem. ibid*, pp. 356-360.

II. BASES PARA UNA NUEVA TIPOLOGIA DE CLASIFICACION DE LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

1. EVALUACION Y ESQUEMA DE LOS SISTEMAS TRADICIONALES

1. Los criterios de clasificación de los tipos de control de constitucionalidad actualmente en boga por los doctrinantes del Derecho Público occidental, son a mi entender incompletos y se hallan ubicados dentro de derroteros demasiado rigurosos y unilaterales de apreciación, lo cual determina como consecuencia que muchos de los sistemas de morfología o dinámica combinada o mixta, o respecto de los cuales surjan elementos específicos de esencial significación, quedan por fuera de la tipología genérica establecida o tienen que ser catalogados a la fuerza como modelos imperfectos de algunos de los tradicionales.

Observo además que varios de los modelos de control actualmente vigentes no han sido lo suficientemente estudiados o, incluso, son desconocidos completamente en su tradición, evolución, organización y razón, como acontece precisamente con los sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad donde existe la acción pública o acción ciudadana abierta y directa de inconstitucionalidad, cuya raigambre es curiosamente más antigua e importante y de mayor trayecto histórico que algunos de los nuevos modelos adoptados.

2. Pretendo entonces hacer en esta Sección una presentación de esos criterios vigentes, a fin de facilitar el entendimiento y comprensión hacia otra forma de clasificación, con la advertencia de que sólo se hará mención a los sistemas que operan en los denominados regímenes constitucionales del Estado de Derecho u occidentales, dejando de lado los de los Estados socialistas o de los regímenes dictatoriales de Occidente; centrandome además su análisis en aquellos donde las Constituciones son rígidas y escritas, y no flexibles o consuetudinarias, y dándole especial énfasis al examen en los tipos de justicia constitucional y no a los de control por cuerpos políticos.

3. Encuentro que los elementos esenciales que concurren a las diversas clasificaciones doctrinarias vigentes son sustancialmente los siguientes:

1º) *Por la naturaleza del órgano que ejerce el control, se distingue entre "control por un cuerpo político" y "control judicial o jurisdiccional".*

2º) *Por la morfología del control judicial, identificable además geográficamente, se clasifican en sistemas de control "concentrado", "europeo" o "aus-*

triacó", de una parte, y, de la otra, *sistemas de control "difuso" o "americano"*, pudiéndose acaso aceptar como tercer tipo el control del "*fuero de amparo*" o "*mejicano*".

3º) *Por la especialidad del órgano que ejerce el control judicial*, la clasificación se hace entre sistemas del Tribunal o Corte Constitucional, que corresponden al modelo de control "concentrado" ya mencionado atrás, y sistemas de control de *Cortes o Tribunales Promiscuos de Casación* y de otros funcionarios judiciales, los cuales se hacen coincidir con el "difuso", también ya descrito arriba.

4º) *Por la dinámica funcional del control* se hace diferencia entre "*control judicial por vía incidental*" o "de excepción" o de "inaplicación" o del "judicial review", de una parte, que también coincide con el género del sistema "difuso", y, de la otra, "*control judicial por vía de acción directa o principal*", que se hace corresponder al ya referido genéricamente como control "concentrado".

5º) *En cuanto a los efectos de la decisión judicial de control, referidos a los destinatarios de la decisión*, se distingue entre control que genera efectos "*inter partes*" (para las partes en litigio); control sobre la obligatoriedad antecedente o de "*stare decisis*", catalogables ambos dentro del sistema "difuso", y control cuya decisión produce efectos "*erga omnes*", ubicable también dentro del ya descrito arriba como "concentrado".

6º) *En relación con los efectos de la decisión judicial de control, referida al tiempo*, se dividen en sistemas simplemente "*declarativos*" o "*ex tunc*" o "ab-initio", también coincidentes con el "difuso", y sistemas "*constitutivos*" o "*ex nunc*" o "a posteriori", coincidentes con el "concentrado". Habría que agregar el de "ineficacia" del sistema francés.

4. Las tipologías que acabo de presentar resumidas bajo estos seis criterios de clasificación, corresponden al sentir doctrinario predominante en Occidente, y por ende, en nuestro país.²⁷ Adviértese sin embargo que la anterior

27. Cfr. sobre dicha tendencia principalmente los siguientes autores: Burdeau, Georges. *Traité de Science Politique* (8 T.), 2ª ed., T. IV. cit., Paris, L.G.D.J., 1969. Calamandrei, Piero. *Proceso y democracia*, Buenos Aires, Platina, 1960. Jackson, Robert. *The Struggle for Judicial Supremacy*, Nueva York, Randon House, 1941. Cappelletti, Mauro, *op cit.*, y *Proceso, Ideologías y Sociedad*, Buenos Aires, E. Jurídicas E. A., 1974. Grant, J. A., *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, México. UNAM, 1963. Bickart, R., *Les Parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIIIe siècle*, Paris, P.U., 1932. Fix Zamudio, Héctor, *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1964, y *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. 1940-1965*, México. UNAM, 1968. La Roche, Humberto, *La Jurisdicción Constitucional en Venezuela*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia), Un. Externado de Colombia, 1977. Da Silva, José, *Da Jurisdicao Constitucional no Brasil e na América Latina*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia), Un. Exter-

ordenación no ha sido hecha por ninguno de los tratadistas que conozco de los que se han dedicado en particular al tema, sino que es producto de la paciente lectura de sus principales obras al respecto, en las que en una u otra forma he hallado referencia a aquellos elementos de clasificación. Con todo, puedo asegurar que todos ellos han dado preferencia a los dos criterios enumerados inicialmente, o sea, *al de la naturaleza del órgano del control* (político o judicial) y *al de la morfología del control judicial "concentrado" frente a la del control "difuso"*, por lo cual, podremos denominar estas dos tipologías como "principales", en tanto que los otros cuatro criterios de clasificación, accesorios siempre al concentrado o al difuso, son subtipologías o tipologías *secundarias*.

En esta forma, nos queda más fácil emprender el camino de clasificación de los dos criterios principales, incorporando en ellos, como los doctrinantes citados siempre lo hacen, los que aquí hemos encontrado como secundarios. Así se procederá:

2. LAS TIPOLOGIAS ACTUALES DEL CONTROL

A) *Control Político y Control Judicial*

a) *El control ejercido por un órgano político*

1. Cuando se trata del control instituido en un cuerpo de naturaleza política, suele suceder que los organismos o los funcionarios encargados de desempeñarlo son demasiado dependientes de los poderes legislativo o ejecutivo, ora por su origen, ora por su forma de integración, o bien porque sólo pueden actuar respecto de los asuntos que estos mismos les someten a su consideración.

De otra parte, por lo general, las decisiones y atribuciones de esos organismos son más bien orientadoras, conciliadoras, o consultivas, pero rara vez obligatorias, y mucho menos, de invalidación o anulación. Además, naturalmente,

nado de Colombia, 1977. García-Belaúnde, Domingo, *La Jurisdicción Constitucional en el Perú*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia). Un. Externado, 1977. Quiroga Lavie, Humberto, *La Jurisdicción Constitucional en la Argentina*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia), Un. Externado, 1977. Bidart Campos, José, *La Jurisdicción Constitucional en Argentina*, Sochagota-Paipa (Colombia), Un. Externado, 1977. Quintero, César, *La Jurisdicción Constitucional en Panamá*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia), Un. Externado, 1977. Cascajo Castro, José Luis, *Notas para el estudio de la Jurisdicción Constitucional en España*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia), Un. Externado, 1977.

Entre los autores nacionales, los siguientes: Restrepo Piedrahita, Carlos, *Tres Ideas Constitucionales*, Bogotá, Un. Externado de Colombia, 1978. Sachica, Luis Carlos, *El control...* *Idem, Ibid*, Sanin Greiffenstein, Jaime, *op. cit.* Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Constitucional*, Bogotá, Un. Externado, 1976.

sus pronunciamientos casi nunca producen efectos "erga omnes" o "ultraextensivos", sino de contraída o relativa magnitud.

Donde opera este sistema, el control de constitucionalidad de las leyes se enfrenta con la teoría de la soberanía del Parlamento²⁸ que deriva del principio democrático representativo, según la cual aquél se identifica con la potestad política ilimitada, permanente e incontrolada de hacer y deshacer el derecho. No pocas veces entonces la ley, que debería estar subordinada a la Constitución, se torna en el acto jurídico fundamental, no sólo por ser más frecuente que el acto de revisión constitucional, sino por ser interpretado como la última expresión de voluntad del Soberano. Es así como en ocasiones se hace mención a la "ilegalidad de la Constitución" y no a la "inconstitucionalidad de la ley", dando a entender que la ley contraria a la Constitución está indicando apenas la última decisión del Parlamento y que la Carta debe adecuarse a la ley.

2. El principio de institucionalización de este tipo de control estriba en que no es admisible que los jueces, que son funcionarios ajenos al sistema democrático representativo y a la realidad política de la sociedad, ejerzan funciones de soberanía anulando o invalidando los actos del soberano, y que su función de interpretación de la Constitución y de las leyes se convierta en facultad de veto a las decisiones del constituyente o del legislador y de eliminación de los actos que precisamente deben interpretar y aplicar. Además, la experiencia norteamericana del "gobierno de los jueces", surgida a raíz de la controversia que suscitó el fallo del Juez de la Corte Suprema Federal John Marshall, en el caso *Marbury-Madison*, y que repercutió un siglo más tarde en el debate Corte-Ejecutivo durante la administración del Presidente Franklin D. Roosevelt, generó en los "parlamentaristas" franceses y de otros países una prevención incurable contra el control judicial.²⁹

3. Aún hoy, Francia sigue siendo quizás el modelo esencial, aunque no el único, del control político. En Colombia operó dicho sistema en las diversas Constituciones expedidas desde comienzos de la época republicana (1811), incluyendo la de la Gran Colombia, de 1821, que rigió para los actuales Estados de Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela, hasta el año de 1830.³⁰

Bajo la IV República, en Francia, de acuerdo con los artículos 91 a 93 de la Constitución de 1946, se creó el "Comité Constitucional", presidido por el Presidente de la República, e integrado por los presidentes de la Asamblea y del Consejo de la República y diez miembros más elegidos por el Parlamento, encargado de "provocar un acuerdo entre la Asamblea Nacional y el Consejo de la República" para conciliar las contradicciones

28. V. *supra*, Cap. I, Secc. Tercera, letra A).

29. V. *supra*, Cap. I, Secc. Tercera, letra B).

30. V. *infra*, Cap. III, Secc. Primera.

entre la ley y la Constitución o para "examinar si las leyes votadas por la Asamblea Nacional suponen una revisión de la Constitución" (artículo 91), es decir, una "ilegalidad de la Constitución".

En la actualidad, a partir de la V República francesa, conforme a los artículos 56 a 63 de la Constitución de 1958, se ha fortalecido sin duda *el control político técnico* con la creación del "Consejo Constitucional", compuesto de 9 miembros, elegidos a razón de tres por el Presidente de la República, de la Asamblea y del Senado, más los ex presidentes de Francia, instituidos para decidir sobre la constitucionalidad de los actos del Parlamento y del gobierno que les sometan a su consideración el Presidente de la República, o los presidentes de las cámaras legislativas, o determinado número de parlamentarios, y de conocer oficiosamente de la constitucionalidad de las leyes orgánicas, de los reglamentos de las asambleas y de los tratados y convenios internacionales, pero con carácter previo y no posterior a la expedición o promulgación de estos actos.³¹

Es importante destacar que *cuando el Consejo declara la inconstitucionalidad del texto de una ley o de un tratado, su pronunciamiento no tiene como efecto el de la anulación del acto, sino solamente el de su ineficacia*. Jurídicamente, la diferencia es importante, pues ella implica que, si la Constitución es revisada de tal suerte que la irregularidad del texto desaparezca, éste podrá entrar en vigor *ipso iure*, sin más procedimientos de adopción.³²

b) *El Control Judicial*

1. Sin duda, la tendencia predominante en Occidente es la del fortalecimiento de los sistemas judiciales de control de constitucionalidad que tuvieron su origen con la fórmula de Lord Edward Coke en Inglaterra, de primacía de la "Common Law" sobre el "Statutory Law", consistente en que los jueces dejaban de aplicar las disposiciones de éste cuando eran contrarias a las de aquélla,³³ y que luego se transplantó a Estados Unidos de Norteamérica donde impera la Constitución escrita y rígida, bajo dos principios fundamentales en cuanto al control: el de la controversia o el caso judicial incidental (*judicial review*), y el de la desaplicación de norma contraria a la Constitución, señalados en los siguientes artículos:

Artículo III, Secc. 2.

"El Poder Judicial se extenderá a todos los casos, en derecho y equidad, que surjan bajo esta Constitución..."

Y,

Artículo VI, Secc. 2.

31. Cfr. Duverger, Maurice, *op. cit.*, pp. 152 y 182.

32. Cfr. Burdeau, Georges, *Traité...*, T. IV, *idem*, p. 424.

33. Cfr. V. *supra*, Cap. I, Secc. Segunda, letras B, (b).

*"Esta Constitución... será la suprema Ley del país...; y los jueces de cada estado estarán obligados a observarla..."*³⁴

Esos dos postulados constitucionales cobraron su máxima significación a raíz de la sentencia proferida en 1803 por la Corte Suprema Federal de Norteamérica, por intermedio del Juez Marshall, en el caso Marbury-Madison, en la que interpretándolos en su alcance, se expresó:

La Constitución controla cualquier acto legislativo que se le oponga... Entonces, un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley... Una ley del Congreso que pugna con la Constitución, debe considerarse inexistente... Si, pues, los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y ésta es superior a toda ley ordinaria del legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.³⁵

2. Más tarde, en América Latina, donde los pueblos republicanos tenían más confianza en sus ponderados jueces que en sus avasallantes gobernantes y en sus inexpertos Parlamentos, se consolidó pronto el control judicial durante el siglo XIX, con el novedoso y original aporte de la acción pública o ciudadana directa, abierta, y ejercitable sin necesidad de tramamiento procesal previo ni pendiente, y con decisión por vía general o "erga omnes" y no incidental, la cual aún rige consolidada, en Colombia, Panamá y Venezuela, o por medio del refugio constitucional del ciudadano ante el juez, o "fuero de amparo", instaurado por vía incidental en México, y luego extendido a otros países como Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela; o paralelo como "vía de excepción" o "incidental", al de la vía de acción ciudadana, en Colombia.

3. Un siglo después de la sólida experiencia de las Américas en el sistema del control judicial de constitucionalidad, se implantó, en 1920, en Austria, con algunos retoques en 1929, bajo la inspiración del jurista Hans Kelsen, el control que se llamó "concentrado", para contraponerlo a los controles impropriadamente calificados de "difusos" del Continente Americano. Aquel sistema se ha venido extendiendo luego con similar, pero nunca con mayor éxito al de América,³⁶ a Italia (1948), Alemania (1949) y Yugoslavia (1963), entre otros.

34. *Cfr. The Constitution of the United States of America*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1976.

35. Los apartes referidos de aquella sentencia fueron tomados de la obra citada de Jaime Sanin, *La Defensa...*, idem, p. 30.

36. Hacia el exterior de Sur América, el vocablo "América" tiene desafortunadamente un significado equívoco, pues se ha asimilado como sinónimo de uno de los países del gran continente, o sea, de los Estados Unidos de Norteamérica. Con todo, por razón de geografía, de historia, y de diccionario, América cubre todos los países del continente y no uno solo de ellos.

B) *El control concentrado y el control difuso*

Como atrás se explicó,³⁷ es ésta la clasificación principal vigente sobre los sistemas judiciales de control de constitucionalidad.

Se examinarán los rasgos esenciales atribuidos a cada uno de ellos:

a) *El control "americano" o "difuso"*

1. En esencia, el "americano" o "difuso" es denominado así porque surgió y se practica en los Estados Unidos de Norteamérica, y por considerar los seguidores de la clasificación que allí los jueces no dictan fallos con carácter general o "erga omnes", sino apenas por vía incidental o de excepción, y con efectos "inter partes", como consecuencia de la invocación de inconstitucionalidad que en el curso de un proceso haga una de las partes contra alguna norma legal o administrativa federal o local que se le pretende aplicar, con ocasión del cual el respectivo juez puede decidir abstenerse de aplicar o "inaplicar" dicha norma por estimarla contraria a la Constitución, con el riesgo de que como no se produce la invalidación obligatoria y por vía general de la disposición que se inaplica, otros jueces, en similares casos o controversias judiciales, estimen que ella es constitucional y la apliquen, o de que más tarde los mismos falladores cambien de criterio, todo lo cual genera, al entender de sus críticos y analistas, un sistema *anárquico* o "*difuso*" de control, perjudicial para la estabilidad del orden jurídico, para la "seguridad" de las decisiones judiciales y de la "cosa juzgada" y para la uniformidad de los criterios de interpretación y aplicación normativa.

2. Quienes califican este sistema de difuso, lo hacen no sólo con un criterio científico sino además despectivo. En cambio, el sistema concentrado, es para ellos un control de apología paradigmática.

Así, por ejemplo, sobre la descripción y crítica del *control difuso*, el profesor e insigne tratadista italiano Mauro Cappelletti, quien es uno de los más autorizados en materia de control constitucional, y de los más arraigados partidarios del control concentrado, expresa lo siguiente:

Bajo el...enfoque... relativo a los órganos a los cuales se confía el poder de control, se pueden distinguir sustancialmente, dos grandes sistemas de control judicial de la legitimidad constitucional de las leyes ordinarias: un primer tipo, en el cual el poder de control es *difuso*, pues se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios; y un segundo tipo, en el cual, por el contrario, ese poder de control es concentrado, en virtud de que se centraliza en un solo órgano judicial.

...

37. V. *supra*, Cap. II. Secc. Segunda, letra A).

El primer tipo de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, es decir, el control *difuso*, ha sido también llamado "americano", en virtud de que surgió por vez primera y todavía en la actualidad se realiza, en los Estados Unidos de América, de cuyo sistema jurídico constituye, como ha escrito un autorizado constitucionalista de aquel país: *the most unique and most characteristic institution*.

...

Y para *definirlo*, comenta Cappelletti:

Cuando se habla de control difuso de la constitucionalidad, se pretende significar, como es evidente, que la facultad de control no se concentra en un único órgano judicial, sino por el contrario corresponde, en general, a todos los órganos judiciales de un determinado país... Se razona, en sustancia, de la siguiente manera: los jueces están obligados a interpretar las leyes a fin de aplicarlas a los casos concretos que cotidianamente se someten a su decisión; uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes es aquel según el cual, cuando dos disposiciones legislativas contrastan entre sí, el juez debe aplicar la que tenga preeminencia; tratándose de disposiciones de igual fuerza normativa, la preeminencia será indicada por los usuales criterios tradicionales: *lex posterior derogat legi priori*; *lex specialis derogat legi generali*, etc., pero estos criterios carecen de validez cuando el contraste se presenta entre disposiciones de diversa fuerza normativa; y así, la norma constitucional, cuando la Constitución es rígida, más bien que flexible, prevalece siempre sobre la disposición ordinaria contrastante, del mismo modo, por ejemplo, que la propia ley ordinaria prevalece sobre el reglamento...; ergo, se concluye que cualquier juez, encontrándose en el deber de decidir un caso en el cual tenga relevancia una norma legislativa ordinaria opuesta a la constitucional, debe *desaplicar la primera, y aplicar, por el contrario, la segunda*.

Luego de lo cual, el mismo autor pretende desvirtuar la solidez del sistema destacando sus inconvenientes, con las siguientes reflexiones:

La introducción en los sistemas del *civil law* del método *americano* traería la consecuencia de que una misma ley podría ser desaplicada en virtud de que algunos jueces la estimaran inconstitucional, mientras que otros juzgadores, por el contrario, podrían aplicarla, porque en su concepto no contradice a la Ley Suprema. Además, podría suceder que el mismo órgano judicial, que ayer hubiere desaplicado una ley determinada, la aplicase hoy por haber cambiado de opinión sobre el problema de su constitucionalidad. Podrían inclusive formarse verdaderas y propias contradicciones entre las tendencias de los órganos judiciales de diverso tipo o nivel; por ejemplo, una mayor inclinación de los órganos judiciales inferiores (integrados normalmente por jueces más jóvenes y por lo tanto menos ligados al pasado) para afirmar la inconstitucionalidad de las leyes, y, por el contrario, los jueces superiores (y más antiguos), propenderían a considerar válidas las mismas leyes, como precisamente aconteció en Italia en el período de 1948-1956, según mi experiencia directa; y tengo noticia de que actual-

mente se presenta la misma situación, y de manera impresionante, en el Japón.

Los resultados, extremadamente peligrosos de este sistema, podrían desembocar en una grave situación de *incertidumbre del derecho*, perjudicial tanto para los individuos como para la colectividad, e inclusive para el Estado... El tener razón o el estar equivocado, en una situación de tal género, no dependería de otra cosa, sino del hecho de acudir a un juez, en vez de otro; e inclusive, después de que una de las partes hubiese obtenido resolución favorable en primera instancia; podría ocurrir que en apelación, la ley que fue desaplicada por el juez inferior con apoyo en una opinión jurisprudencial de inconstitucionalidad generalmente aceptada, por el contrario considerase aplicable por no ser inconstitucional, y así sucesivamente.³⁸

Cuán difícil encontrar otro crítico que con tanta minuciosidad, vehemencia y agudeza (aunque con menos de razón), se refiera a los "peligrosos resultados" del *control difuso* frente a las instituciones del Estado de Derecho. Después de esta patética pieza doctrinaria le resulta al lector francamente extraño que no se haya desintegrado aún la sociedad política norteamericana y que ella se atreva todavía a persistir sobreviviendo sin abolir de inmediato el peligroso sistema judicial.

3. En realidad la institución del "*Judicial Review of Constitutionality*" de los norteamericanos, llamada de "control difuso", no es caótica. Deben ser tomados en cuenta para comprender su alcance tres principios esenciales que la gobiernan, y a los que sus críticos no confieren mayor importancia, a saber: el sistema federal, el "sistema judicial" y el "stare decisis".

Veámoslos:

1º) *El sistema federal*

En primer término, el sistema federal sólo permite a los jueces de los estados decidir fundamentalmente las controversias o los casos por vía incidental, que se relacionen con leyes y actos jurídicos locales enfrentados a la Constitución, pero no a las leyes federales o de la Unión.

Al ser controvertida en un proceso una norma local con una disposición legal federal, los jueces no tienen por lo general facultad incidental de inaplicación, pues en Estados Unidos no opera la revisión de "ilegalidad". En consecuencia, las leyes y las disposiciones con fuerza legal expedidas por las autoridades de la Unión Federal, no son cuestionables por la vía del *judicial review* a nivel local. Lo que pueden hacer los jueces locales es dejar de aplicar disposiciones expedidas por autoridades federadas o de los estados cuando a su juicio

38. Cappelletti, Mauro, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, cit., pp. 35-40.

violan la Constitución, en virtud del mandato del artículo VI, Secc. 2, que les obliga a observarla.

Por lo tanto, cuando un juez del Estado de Virginia decida inaplicar determinada norma no contradice la decisión del otro que aplique alguna en el de Arizona, pues las normas que en el primero se desapliquen y en el segundo no, para nada comprometen la "certidumbre" ni la "seguridad" jurídica, pues habrán de corresponder a legislaturas y situaciones distintas y autónomas. A no ser que se afirme, contra toda evidencia, que lo que acontece en Estados Unidos es que no sólo es difuso el control judicial sino también el poder de legislar, caso en el cual la crítica iría contra el federalismo y no contra el control judicial.

De otra parte, la jurisprudencia en el sistema judicial tiende siempre a unificar y no a dispersar criterios, por lo cual, en el ámbito de la jurisdicción del respectivo estado, la mecánica de las decisiones judiciales en forma preponderante no es difusa sino uniforme.

2º) *El sistema judicial*

Se ha dicho que en Estados Unidos la Constitución es lo que digan los jueces. Es decir, la "common law" es judicial, y no como en los países de sistema grecolatino, donde los jueces se limitan a la incompetencia de su interpretación y aplicación. Es pues, otra contextura; es, si se quiere, "the government by judges" because of "the government of the Constitution".

Lo que no se entiende es cómo, si al sistema norteamericano se le endilga su anarquía y su dispersa o difusa contradicción derivada del casuismo y del particularismo judicial, se denuncie al mismo tiempo el peligro de concentración del poder sobre la Constitución en manos de los jueces.

El magisterio moral del juez en este sistema es la garantía esencial de la libertad. Entiéndese allí que todo proceso tiene como partes al Estado, al particular, y *The Rule of Law*, y que quien decide, por encima de todos, es el juez.

3º *El stare decisis*

Y los jueces aparentemente anarquizados y dispersos se unifican en el mandato del *Judiciary Act*, es decir, el del Juez que concentra la judicialidad esencial de la Constitución, o sea, la Corte Suprema Federal, que es la encargada de confrontar en sustancia la ley federal con la Constitución y de decidir en ficticio incidente particular, pero con evidente efecto general, la "regla judicial" de acuerdo con el principio del "stare decisis" o del precedente obligatorio, ge-

neral y de ulterior observancia, equiparable a una derogatoria legislativa o constituyente, o una declaración "erga omnes" de inconstitucionalidad de cualquier país europeo o latinoamericano.

Las vías concurrentes al incidente son principalmente tres: la de excepción particular o de efectos "inter partes", la de "injunction" o provocación de pronunciamiento general, y la declarativa que permite armonizar el cumplimiento o no de cualquier disposición. Ninguna de ellas ha sido fuente de difusión sino de uniformidad judicial.³⁹

b) *El control concentrado o "austriaco"*

1. Este sistema es, al entender de sus propugnadores, la contrapuesta institucional ideal del control judicial de constitucionalidad.

Surge bajo la inspiración del gran jurista Hans Kelsen, quien lo concibió a la imagen de su concepción piramidal invertida que unificaba la jerarquía normativa refiriéndola en forma exclusiva a la Constitución, como único punto de mira jurídico por preservar, sin atender a la dificultad de su operancia, ni a las violaciones que coetáneamente pueden ocasionar las normas de rango inferior en relación no sólo con la Constitución, sino además frente a las inmediatamente superiores o a la ley, las cuales no forman parte del control, y sin tener en cuenta tampoco las contradicciones en que se puede incurrir por vía judicial cuando una norma subalterna, aunque se declare en jurisdicción distinta ajustada a la ley, pueda ser luego encontrada inconstitucional, o a la inversa, que luego de haber sido anulada por ilegal, resultare constitucional por efectos de la inconstitucionalidad declarada de la ley que determinó su invalidación.

Se complementa además con la especialización y dedicación exclusiva de guarda de la Constitución del órgano monolítico encargado de ejercerlo, llamado Tribunal o Corte Constitucional.

Además, ante la dificultad que genera la operancia del principio "stare decisis" en países de sistema jurisdiccional o de contextura grecolatina y declarativa, por contraposición al anglosajón y al norteamericano judicial, se propone el cambio de la vía incidental o de excepción, tildada de difusa, por el de la "res judicata" por vía principal y prejudicial, con efectos generales constitutivos "ex nunc" y "erga omnes".

2. Dicho sistema se instituyó por vez primera en Austria, mediante la Constitución de 1920, donde luego fue modificado por una Ley orgánica de

39. Cfr. Burdeau, Georges, *Traité...*, T. IV, idem, pp. 468-479.

1929. Más tarde se extendió a Italia en 1948, a Alemania Federal en 1949, a Chipre en 1960, a Turquía, a Yugoslavia en 1963 y a Guatemala en 1965.

En todos estos países existe un Tribunal Constitucional o una Corte Constitucional que se integra por especialistas en derecho público, y que ejerce jurisdicción independientemente de las Cortes ordinarias de casación y de los jueces contencioso-administrativos o encargados de la guarda de la legalidad de los actos administrativos.

El mecanismo de impulsión del control denominado "por vía de acción" o por "vía principal" consiste en que determinados funcionarios, gubernamentales o judiciales, provocan en alzada la petición de pronunciamiento del órgano especializado sobre la constitucionalidad de alguna disposición legal.

En Austria tienen facultad de acción, por el sistema que podemos denominar de cruce, los gobiernos provinciales (*lander*) contra las leyes federales, y el gobierno federal contra las leyes locales, y contra unas y otras los altos cuerpos judiciales, o sea, la Corte Suprema (*Oberster Gerichtshof*) y la Corte Suprema Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*); no así los jueces de menor rango, los cuales tampoco tienen competencia de inaplicación por vía incidental.

En Italia están investidos del derecho legítimo de acción principal los gobiernos regionales contra las leyes nacionales y el gobierno estatal, así como todos los jueces, pero sólo respecto de los incidentes que se susciten en relación con los negocios a su consideración, para los cuales se suspende la decisión mientras no se pronuncie la Corte Constitucional.

En Alemania Federal también tienen derecho a la acción principal por el mecanismo de cruce los gobiernos locales contra las leyes federales y el gobierno federal contra las leyes locales, y todos los jueces por impulsión incidental. Además se le reconoce a los ciudadanos por vía directa cuando se afecten de manera actual e inmediata sus derechos fundamentales.

3. Al decir de Cappelletti, las ventajas esenciales de este sistema se resumen así:

... En el sistema de control concentrado, la inconstitucionalidad, y por consiguiente la invalidez (y, por tanto, la inaplicabilidad de la ley), no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación y de aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por el contrario, los jueces comunes (civiles, penales o administrativos) son incompetentes para conocer de la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes, así sea *incidenter tantum*, es decir, con eficacia limitada al caso concreto...

Pero, además:

Este método, adoptado en una zona muy amplia de Europa, es en verdad —como lo hemos reconocido— *más híbrido y complicado*, pero al mismo tiempo, en nuestra opinión, *más completo* que el americano, ya que puede ocurrir en este último, que algunas leyes, aún siendo inconstitucionales, escapan sin embargo a toda posibilidad de control incidental (*Inzidentkontrolle*), por el simple hecho de que debido a su contenido particular, no pueden dar lugar (o por lo menos de hecho no dan lugar) a litigios *concretos* y, por tanto, a procesos específicos de carácter civil, penal o administrativo, para cuya solución dichas leyes deban ser consideradas pertinentes (subrayas del autor).⁴⁰

III. EL SISTEMA DE CONTROL INTEGRAL DE COLOMBIA Y EL MODELO COLOMBO-VENEZOLANO DE ACCION PUBLICA

1. LAS VIAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA COLOMBO-VENEZOLANO

Inexplicablemente, quizás ante todo por falta de suficiente divulgación de nuestro sistema judicial de control de constitucionalidad de las leyes y de constitucionalidad-legalidad de los actos administrativos, muchos autores extranjeros, incluyendo aún algunos latinoamericanos, lo desconocen, o a la fuerza lo ubican dentro del tipo llamado “difuso”, acaso apenas porque Colombia, junto con Venezuela y Panamá, países donde opera la vía de acción de inconstitucionalidad, forma parte del continente, que no del tipo, “americano”.

Curiosamente, buen número de tratadistas colombianos de derecho público se han alineado en la concepción adoptada por quienes desconocen o conocen mal la tipología colombo-venezolana del control, y no pocos buscan imitar modelos foráneos menos probados y perfeccionados que el nuestro, y se han constituido en sus afanosos detractores.

Se hará un examen de los mecanismos instituidos del control judicial en Colombia y luego una sintética mención comparativa con los de Venezuela y Panamá.

40. Cappelletti, Mauro, *idem*, pp. 59 y 63.

A) En Colombia

1. En Colombia se combinan de manera armónica y completa elementos autógenos o propios, hacia un sistema que yo denomino INTEGRAL de control de constitucionalidad de los actos jurídicos, así no sea el único posible, ni el ideal, el cual según exclamación verbal del profesor y tratadista francés Georges Vedel, "*C'est un monument à la sagesse juridique*".

En efecto, encuentro que en el ordenamiento jurídico colombiano se han instituido doce (12) formas o vías de concurrencia al control de constitucionalidad. Ellas son las siguientes:

Primera. *La vía de acción pública*

Según el artículo 214 de la Constitución Nacional, *todo ciudadano tiene el derecho de acusar por vía de acción pública, directa y abierta, sin tener que demostrar interés concreto alguno y sin necesidad de estar atado en ningún proceso, en todo, en parte, cualquiera ley o decreto gubernamental con fuerza o jerarquía de ley, por estimarlo inconstitucional, ante la Corte Suprema de Justicia, y ésta tiene la atribución, previo el estudio de su Sala Constitucional especializada, de proferir en Sala Plena (integrada por la Sala Constitucional y las de Casación Civil, Penal y Laboral), una decisión o sentencia que declare la inconstitucionalidad o "inexequibilidad" (inejecutabilidad), de la disposición o disposiciones demandadas, con efectos generales y obligatorios "erga omnes" y constitutivos o "ex-nunc".*

Segunda. *Control automático u oficioso*

De conformidad con los artículos 121, 122 y 214 de la Carta, *la Corte debe pronunciarse mediante sentencia "erga omnes" y de manera oficiosa sobre la constitucionalidad de todos los decretos que expida el Gobierno (Presidente de la República y ministros) durante los estados de excepción, denominados "estado de sitio" (cuando hay conmoción del orden público por razones políticas o por causa de guerra exterior), bajo cuya vigencia se expiden "decretos legislativos" y "estado de emergencia económica o social" (cuando se altera el orden público por causas económicas o sociales imprevisibles), durante el cual se profieren decretos con fuerza de ley sobre las materias aludidas; respecto de los cuales cualquier ciudadano puede impugnar o coadyuvar su constitucionalidad.*

Tercera. *Control por vía de objeción presidencial*

Está también facultada la Corte para *emitir fallo por vía general sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley, que una vez aprobados por el Congreso y antes de ser firmados o sancionados para su promulgación, objete por inconstitucionales el Presidente de la República, cuando la objeción haya sido*

rechazada por el Congreso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 214 de la Constitución.

La aquí denominada vía de objeción, corresponde al que dimos en llamar mecanismo de cruce por vía de acción principal, que opera en el sistema concentrado austriaco, alemán e italiano.

Cuarta. Control por vía de intermediación jerárquica y de tutela administrativa, a nivel local

Conságrase también en nuestro orden jurídico el principio de intermediación jerárquica y de tutela administrativa, según el cual, al tenor del artículo 194 de la Constitución, *los Gobernadores de los Departamentos* (que son las entidades territoriales descentralizadas administrativamente en el Estado Unitario colombiano), *tienen la facultad de objetar por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad los proyectos de ordenanzas* aprobados por las Asambleas departamentales (que son corporaciones deliberativas de origen popular, pero con funciones administrativas), las cuales deben remitirse al respectivo Tribunal administrativo para que éste decida mediante sentencia por vía general sobre su anulación o no, según que las encuentre ajustadas o no a la Constitución y a la ley, y además, pueden esos mismos funcionarios *revocar los actos de los Alcaldes municipales por inconstitucionales o ilegales y revisar los acuerdos de los "concejos"* municipales o cabildos de origen popular de los municipios, y en caso de que los considere contrarios a la Constitución o a la ley enviarlos al Tribunal respectivo, para que éste decida sobre su constitucionalidad y legalidad.

En relación con las funciones aquí descritas de objeción y de revisión, distintas de la de revocación, los gobernadores también ejercen una acción principal de inconstitucionalidad por vía de cruce, similar a la señalada para el control concentrado de Austria, Alemania Federal e Italia.

Quinta. Control de los actos de revisión constitucional

Ultimamente, a partir de las sentencias de 5 de mayo de 1977 y de 3 de noviembre de 1983, *la Corte ha asumido*, de conformidad con los artículos 2, 75, 81 y 214 de la Constitución, *la competencia de invalidación "erga omnes" de los actos de revisión constitucional*, denominados en Colombia "*actos legislativos*", que hayan sido expedidos en forma irregular en cuanto a su trámite, es decir, sin haber cumplido el procedimiento y las condiciones de rigidez previstas para la debida reforma en la propia Carta.

Sexta. Control de constitucionalidad-legalidad de los actos administrativos

Por mandato del artículo 216 de la Constitución y del artículo 66 de la Ley 147 de 1961, *toda persona puede acusar cualquier acto* distinto de la ley

o de un decreto con fuerza de ley, *de naturaleza y jerarquía administrativa, ante la jurisdicción de lo "Contencioso-Administrativo"*, que está compuesta por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, mediante la *acción denominada contencioso-objetiva de nulidad, también pública, directa y abierta* y sin condicionamiento profesal prejudicial, para que ella *"suspenda provisionalmente"* el acto por vía inmediata y previa al proceso, y luego, si encuentra mérito, lo declare nulo cuando lo encuentre contrario no sólo a la ley o al acto jerárquico superior sino a la propia Constitución, por lo cual el control del acto es simultáneo, completo e integral, con efectos igualmente generales y obligatorios o "erga omnes".

Anótase que *la facultad jurisdiccional de "suspensión provisional"* inmediata de un acto administrativo que se encuentre abiertamente inconstitucional o ilegal, *es equiparable a la garantía o "fuero de amparo"* de la justicia mexicana.

Séptima. *Control por vía de excepción tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad*

Aparte de aquellas jurisdicciones generales anulatorias de constitucionalidad de las leyes y de constitucionalidad-legalidad de los actos administrativos, *se ha instituido en nuestro país la vía paralela incidental o "vía de excepción de inconstitucionalidad"* en el artículo 215 de la Carta, conforme a la cual cualquier funcionario (juez o funcionario administrativo) puede desaplicar, a petición de parte trabada en un proceso en curso, sea judicial o "gubernativo" ante la Administración (en el que hay recursos de reposición, apelación y revocatoria directa), u oficiosamente con ocasión del mismo, toda norma legal o administrativa que estime contraria a la Constitución, y debe aplicar la constitucional. Sin perjuicio de ulterior demanda de inconstitucionalidad ante la Corte o ante el Consejo de Estado o el tribunal respectivo, según el acto, salvo cuando ese acto ya ha sido declarado exequible o ejecutable, o válido.

Conságrase además en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, la llamada *"excepción de ilegalidad"* o de inaplicación de norma reglamentaria contraria a la ley reglamentada.

Octava. *Control por vía de acción contencioso subjetiva de restablecimiento (o amparo)*

Fuera de todo lo cual *se complementa el derecho a la Constitución* con el reconocimiento en favor de cualquier persona, de una especie de *"fuero de amparo integral"* tanto inmediato como remoto, para que, según el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, pueda acudir por intermedio de apoderado en *acción contencioso subjetiva de anulación o de restablecimiento del derecho y de plena jurisdicción*, con el fin de que de inmediato se declare la "suspensión provisio-

nal” mientras se falla, *del acto* administrativo que considere *lesivo de algún derecho suyo y violatorio de la Constitución o de la ley*, y para que culminado el proceso y probado su derecho se declare nulo y se le restablezca en su derecho, con la eventual compensación e indemnización de perjuicios.

Puede, en similar proceso, demandarse, según el artículo 68 de la misma ley, el restablecimiento del derecho, o la indemnización del daño causado *por un hecho o por una operación de la Administración*, cuando se haya infringido algún mandato constitucional o legal.

Novena. *El recurso de “habeas corpus”*

En los artículos 23, 26 y 28 de la Constitución, así como en el Código de Procedimiento Penal y en la Ley 74 de 1968, se instituye el *recurso de “habeas corpus”*, conforme al cual, *nadie puede ser retenido administrativamente* sino mediante orden directa y expresa tomada en Consejo de Ministros por el Presidente y los demás integrantes del gobierno, por un lapso máximo de diez días, pasados los cuales, si no hay mérito para poner a la persona en manos de la autoridad judicial, debe ser puesta en libertad.

Décima. *El derecho de petición*

Reconócese también en el ordenamiento colombiano el derecho público de “petición”, consagrado en el artículo 45 de la Constitución y reglamentado en el Decreto 2.733 de 1959 y en la Ley 58 de 1982, de acuerdo con el cual, toda persona tiene la facultad de presentar o formular ante cualquier autoridad, solicitudes, aclaraciones o reclamos por la gestión pública y obtener pronta resolución.

Décimo Primera. *Acciones públicas precautelativas*

Asimismo, cualquiera persona tiene derecho, por virtud del fuero de acción pública, de acudir a la autoridad policiva o civil de la localidad, para reclamar por el daño material causado o para precaver el inminente, por el hecho de otro, respecto de obras que amenacen ruina o en relación con actuaciones de particulares o funcionarios o agentes públicos, que constituyan peligro para la seguridad, tranquilidad o salubridad públicas.

Y,

Décimo Segunda. *La acción de queja disciplinaria*

Finalmente, toda persona puede formular queja por falta disciplinaria contra los funcionarios o empleados públicos cuyas actuaciones u omisiones le hayan causado perjuicio, o hayan ocasionado daño a otros.

2. Como se palpa a las claras, *el sistema judicial integral colombiano de control de constitucionalidad y de constitucionalidad-legalidad de los actos jurídicos, y de los hechos y actuaciones de la Administración y de los agentes públicos, es de compleja y completa estructura.* Corresponde no sólo y tanto a un modelo teórico o a una búsqueda estética, sino y ante todo a una realidad social e histórica. Es, además, operante y eficaz y no simplemente formal o enunciativo. Dícese hoy en mi país de este sistema que es el último resorte no sólo institucional sino de magisterio doctrinario y ético de guarda del derecho ciudadano a la Constitución contra los intentos avasallantes o atolondrados del gobernante, del legislador y aún del constituyente de revisión.

Sin que la Corte en su función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución respecto de las leyes y de los actos jurídicos que tengan fuerza de ley; ni el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de constitucionalidad y de legalidad, en el que se "*concentra*" la guarda integral de juridicidad de la Constitución y de la ley, en relación con los actos subalternos de una y otra, que son anulables en forma unificada y simultánea; hayan sido tildados de organismos ineptos por no especializados, ni de ineficientes, desapercibidos, dependientes o inferiores a su labor. Por el contrario, si contra estas entidades se ha hablado, es en el sentido de tratar de morigerar su tarea, de sustituir el teórico y nunca comprobado gobierno de los jueces que se les endilga, por el del gobierno arbitrio sobre la Constitución.

Se ha implantado en Colombia no sólo la vía incidental llamada "difusa", en nuestro caso tanto de excepción de "inconstitucionalidad" como de "ilegalidad", y no únicamente ante los jueces sino frente a la propia Administración Pública por medio del proceso "gubernativo", aunque en este caso quien parifica y concentra la decisión final es el juez contencioso cuando no prospera la pretensión del recurrente. Sino que también se ha consolidado en forma paralela y armónica, para unificar y no para difundir, la "vía de acción pública directa", tanto de mera "constitucionalidad de las leyes" como de "constitucionalidad-legalidad de los actos administrativos", complementada con la vía "oficiosa" o "automática", y con las de "objeción presidencial" y de "objeción y revisión" de los gobernadores, estas últimas similares a las llamadas "vías de acción principal", en los sistemas de control concentrado; todas las cuales provocan decisiones judiciales de invalidación o anulación general o con efectos "erga omnes". Se ha integrado al sistema, además, el principio doctrinario en boga adaptado a nuestro sentir, del "fuero de amparo general", derivado de la facultad judicial de "suspensión provisional inmediata" de los actos de la Administración, de la acción contencioso-subjetiva de restablecimiento del derecho y de plena jurisdicción, del "habeas corpus", del "derecho de petición", del derecho de acción policiva cautelar y del derecho de queja.

Obviamente, resulta entonces estéril pretender catalogar esta macroestructura institucional y dinámica, bien sea por afán de imitación, de comodidad, o de decorado, dentro del esquema tradicional, francamente incompleto e insuficiente, de los controles difuso o concentrado.

B) *En Venezuela*

1. De acuerdo con la Constitución venezolana de 1961 y con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, expedida en desarrollo de aquélla en 1976, y habida consideración de la sólida tradición del sistema integral judicial de control de constitucionalidad y de constitucionalidad-legalidad, que, como en Colombia, opera en el hermano país, es innegable la rai-gambre común de estos dos sistemas y del panameño, y su particular organización frente a los demás.

2. Las instituciones esenciales del control judicial venezolano son las siguientes:

1º *El recurso de inconstitucionalidad y el de inconstitucionalidad e ilegalidad*

En desarrollo de la previsión de los ordinales 3º, 4º, 6º y 7º del artículo 215 de la Constitución, se ha centralizado en la Corte la competencia de decisión sobre constitucionalidad de leyes nacionales y "estadales", de las ordenanzas municipales y de los demás actos que "colidan" con la Constitución.⁴¹ Similar enunciado normativo se positiviza en los ordinales 1º, 3º, 4º y 5º del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte.⁴² Además, según los ordinales 10 y 12 de la misma Ley, se reconoce, como en Colombia, el recurso simultáneo y concentrado por materia, de inconstitucionalidad e ilegalidad contra actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional y contra actos administrativos individuales y generales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos nacionales de similar jerarquía.

Opera, pues, como en Colombia, la vía de acción pública, directa y abierta y generadora de decisiones judiciales de carácter general o "erga omnes". Existe además un control unificado en un sólo órgano: la Corte, y concentrado por materia: tanto de constitucionalidad como de legalidad.

2º *La vía de reconsideración u objeción presidencial*

Según el artículo 173 de la Constitución y el ordinal 2º del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte, de julio de 1976, ésta decide sobre las obje-

41. *Cfr. Constitución Política de la República de Venezuela*. Caracas, Ed. La Torre, s.f.

42. *Cfr. La Roche, Humberto J., La Jurisdicción Constitucional en Venezuela y la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema, idem, ibid, pp. 20-21.*

ciones que por inconstitucionalidad, y luego del trámite de aprobación y rechazo por el Congreso, haya formulado el Presidente de la República contra proyectos de ley "antes de ponerles el ejecútese".

Es una vía similar a la del cruce, del control concentrado.

3º *La vía de acción nulidad general o recurso objetivo contra todo acto jurídico, legal o administrativo, de carácter general*

Es la consagrada, respecto de los actos de efectos generales, en el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte, de 1976.

4º *El recurso subjetivo contra los actos administrativos nacionales, "estadales" y locales, de efectos individuales o particulares*

Se halla instituido en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte.

5º *Las vías incidentales de excepción de inconstitucionalidad y de ilegalidad*

Ambas se hallan consagradas a nivel legal de la Federación. La primera de ellas se reconoce a los jueces, en relación con los juicios de su competencia, en el artículo 7º del Código Procesal Civil.

6º *El fuero de amparo*

Similar a la acción de restablecimiento con posible suspensión provisional inmediata, instituida en Colombia, aunque con garantía más directa y amplia, el artículo 49 de la Constitución venezolana consagra el "fuero de amparo", conforme al cual:

Artículo 49. Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece en conformidad con la ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

7º *El derecho de petición.*

Como en Colombia, también en Venezuela, según el artículo 67 de la Constitución, se consagra el derecho de toda persona para presentar o dirigir peticiones a entidades o funcionarios públicos.

8º *El hábeas corpus, también está garantizado por la Constitución.*

C) Panamá

Al igual que en Colombia y Venezuela, en Panamá, que había formado parte de nuestro país hasta comienzos del presente siglo, y que desde 1904 se

dió su primera Constitución, están actualmente consagradas, quizás en gran medida por el prohijamiento histórico de la evolución del control judicial en Colombia durante el siglo XIX, similares instituciones que las descritas para Colombia y Venezuela, fundamentalmente conforme a lo previsto en las Constituciones de 1941 (artículo 188), 1946 (artículo 167), 1956 (artículo 167), y la hoy vigente de 1972 (artículo 188), aunque atenuada en su organización con respecto a las anteriores.⁴³

Se han instituido en el régimen panameño, la acción pública de inconstitucionalidad de todos los actos jurídicos nacionales, en favor de cualquier persona; la facultad centralizada en la Corte de declarar su constitucionalidad o inconstitucionalidad por vía general o "erga omnes"; también la excepción de inconstitucionalidad o la vía incidental procesal, pero unificada en alzada y consulta ante la Corte; así como los "recursos" de amparo, y de *hábeas corpus*.⁴⁴

2. LA AUTONOMIA TIPOLOGICA Y LAS VENTAJAS DEL MODELO INTEGRAL DE ACCION PUBLICA COLOMBO-VENEZOLANO

No son pocos los autores tanto extranjeros como nacionales, algunos de ellos de gran prestigio y credibilidad científica, especialistas en el tema del control judicial de constitucionalidad, que estiman que por fuera de los modelos de control *concentrado o austriaco*, de una parte, y, de la otra, *difuso o americano*, no hay sistemas posibles, que de haberlos, es porque están en "vía de perfeccionamiento" hacia alguno de aquéllos, o porque son una "combinación aproximada", "híbrida, mixta o intermedia" de los mismos, o incluso una atávica o inestética forma institucional.

Propóngome entonces, ya con serios elementos de conocimiento sobre el sistema colombo-venezolano, despejar equívocos y dejar en claro que la *acción pública, directa y abierta de inconstitucionalidad y simultánea o unificada de inconstitucionalidad-ilegalidad*, instituida en tales países, que no es practicada ni conocida como posible, ni aceptada, bajo ninguno de los otros modelos enunciados, da lugar a un nuevo tipo de control, cualificado, autógeno y no derivado, más ventajoso e integral que los otros dos, hasta ahora más conocidos, aunque no más completos.

A) *El control democrático-judicial general de la Constitución*

1. La acción popular o ciudadana de inconstitucionalidad y de inconstitucio-

43. Cfr. Quintero, César: *La Jurisdicción Constitucional en Panamá*, *idem: ibid.*, pp. 40-49.

44. *Constitución Política de la República de Panamá*. Panamá, Edic. Oficial, 1972.

nalidad-ilegalidad o integral de juridicidad, es sin duda una forma real inmejorable de garantizarle al ciudadano su derecho a la Constitución y de lograr el control democrático directo de los gobernados sobre los actos del gobernante y del legislador. No es tanto el gobierno de los jueces, sino el poder de control sobre el gobierno en manos del pueblo. Los jueces son apenas el instrumento institucional, independiente o autónomo, de preservación de la integridad y supremacía de la juridicidad constitucional y legal, que es la *tenida como legítima* por la doctrina para la libertad que se alimenta del Estado de Derecho y que se sustenta en el querer popular predominante.

2. Su práctica, además, no es reciente sino secular, y ha sido cada vez más fructífera y positiva, de paulatina y exitosa consolidación.

Colombia y Venezuela instituyeron por primera vez en el mundo el sistema, en 1811, y cada una aportó por separado, en aquel año, uno y otro de los rasgos esenciales que lo caracterizan.

En efecto:

a) *En Colombia se crea la acción ciudadana de inconstitucionalidad el 4 de abril de 1811, en la Constitución de Cundinamarca, aunque inicialmente dentro de un modelo de control por un cuerpo político y no judicial, llamado el Senado de Censura, en la siguiente forma:*

Título I...

*Artículo 9º Habrá un Senado de censura y protección, compuesto por un Presidente que lo será el Vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución.*⁴⁵

O sea que Colombia aporta al sistema universal de control constitucional, *la acción ciudadana de inconstitucionalidad.*

b) *En Venezuela se consagra, también en 1811, por primera vez, en el aparte 28 del Capítulo 9º de la Constitución de ese año, el sistema judicial de control de constitucionalidad distinto del incidental norteamericano, con facultad jurisdiccional para declarar por vía general y con efectos obligatorios, la inconstitucionalidad de disposiciones contrarias a la Constitución.*⁴⁶

45. Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Las Constituciones de Colombia* (2. T.), T. I., Madrid, 1977, p. 309.

46. Cfr. La Roche, Humberto, *op. cit.*, pp. 9-10.

3. Más tarde, con las Constituciones colombiana y venezolana de 1858, en reiterada coincidencia de fecha, Colombia instituye en el artículo 50, inciso 2º, de su Carta, el control jurisdiccional suspensivo por vía general, en manos de la Corte Suprema Federal (quedándole aún para entonces el control declarativo al Senado), sobre las disposiciones de las legislaturas de los estados, contrarias a la Constitución, y, Venezuela, en su Constitución de aquel año, toma para sí, además del control jurisdiccional que había adoptado desde 1811, la acción ciudadana de nulidad contra actos legislativos contrarios a la Constitución.

B) *Los errores de las críticas al sistema integral*

1. En consecuencia, habrá que afirmar, como punto de partida, que cualquiera crítica al sistema debe hacerse en una dimensión diferente de la restringida utilizada para los controles "austriaco" y "americano", ya que el nuestro, simplemente, es no sólo algo distinto de aquéllos y más antiguo que uno de ellos, sino también, algo más.

2. Con todo, propios y extraños incurren en errores sobre su apreciación: el profesor Cappelletti habla de "tipos intermedios", entre el "concentrado" y el "difuso", para hacer referencia a los que conoce, como el mexicano, y a los que no, como el colombiano y el venezolano.⁴⁷ El constitucionalista mexicano Héctor Fix Zamudio, califica el modelo colombo-venezolano de "combinado", en cuanto que a su juicio toma elementos del austriaco y del americano.⁴⁸

Uno de los más insignes tratadistas colombianos de derecho público, el profesor Carlos Restrepo Piedrahita, estima que el nuestro es un modelo "hipertrófico y sofisticado" del control difuso, un sistema de "control genérico e inarticulado", por contraposición al anhelado "control específico o regulado", es decir, específicamente "concentrado". Califica a quienes no son partidarios del control concentrado de padecer de "misoneismo", propio del subdesarrollo intelectual e institucional.⁴⁹ Mi ilustre colega de la Sala Constitucional de la Corte, el profesor y constitucionalista Luis Carlos Sachica, cataloga nuestro sistema como "híbrido, mixto, intermedio", para hacer ver que no es concentrado ni difuso, o como "asistemático", para lo mismo.⁵⁰ Ambos, además, preconizan como conveniente la idea de una "Corte Constitucional", distinta de la ac-

47. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 18.

48. Fix Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional, 1940-1965*, *idem*, p. 155.

49. Restrepo Piedrahita, Carlos: *Tres Ideas Constitucionales*, *idem*, pp. 72, 73, 92 v 110.

50. Sachica, Luis Carlos, *El Control de Constitucionalidad y sus Mecanismos*, *idem*, pp. 52 y 58.

tual Corte Suprema, encargada de ejercer en forma "concentrada" el control, y compuesta por especialistas en derecho público.

Al respecto, el doctor Restrepo Piedrahita, como ponente para segundo debate en el Senado, de un proyecto de reforma constitucional, que no prosperó, en el que proponía crear la Corte Constitucional de especialistas, argumentaba en 1967 sobre su justificación calificando nuestro sistema de difuso y propendiendo por el concentrado, de la siguiente manera:

La creación de la Corte Constitucional es uno de los mejores aportes de la Comisión (1ª del Senado), al proyecto. Con esta nueva institución alcanzará el Derecho Público nacional el más alto grado de racionalización de nuestro Estado Judicial, cuya evolución moderna se inicia en la Ley 2ª de 1904 y el Acto Legislativo número 3 de 1910. *Se alineará así el Estado colombiano en primera fila con los otros Estados modernos que han perfeccionado y estilizado la función del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y actos del Gobierno.*

Al parecer, por lo subrayado, hasta aquí la preocupación esencial del profesor Restrepo es de orden estético y de apologética imitación de lo foráneo! Pero, naturalmente, siguen sus reflexiones de fondo:

El sistema vigente es el conocido en técnica constitucional con el nombre de *control difuso o múltiple*. Consiste en que la función guardadora de la integridad de la Constitución la ejercen organismos diversos: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, y, en general, por la vía de excepción, cualesquiera autoridades del orden gubernativo o jurisdiccional ante las cuales las partes interesadas en litigios invoquen para aplicación preferente el principio de supremacía constitucional. Desde mucho tiempo atrás se han puesto en evidencia los inconvenientes de esta reglamentación, sin que se hubiera precisado los medios para corregirlos.

El nuevo sistema será de *control concentrado o uniforme*. En adelante, sólo una autoridad, la Corte Constitucional, situada en la más elevada cumbre del Estado, será la que con fuerza obligatoria para todos —personas, gobernantes y órganos— exprese el contenido de la Constitución. Y habrá de decidir, también con alcance definitivo, sobre otra materia trascendental, que hasta hoy ha quedado sin salvaguardia, a virtud de muy discutible y reiterada jurisprudencia, a saber: la constitucionalidad de los tratados públicos. . .

El establecimiento de la Corte Constitucional y la fijación de precisos y cortos plazos para que se pronuncie sobre las objeciones presidenciales, o sobre los decretos extraordinarios y decretos-leyes de emergencia económica, o sobre las acciones públicas en general, o sobre los tratados o las objeciones de los Gobernadores a las ordenanzas y acuerdos, representa un avance muy notable en la racionalización del Estado y en la efectiva garantía de la supremacía constitucional. No podrá volver a repetirse la anó-

mala situación prevaleciente hoy de que las acciones de inconstitucionalidad carecen de eficacia porque el órgano competente, por causas múltiples, se inhibe de facto para decidir las.⁵¹

3. Yendo por partes, dejo para adelante la respuesta sobre el control concentrado o el difuso. Sin embargo, es de anotar que el Constituyente de 1968 tenía consciencia de los inconvenientes y anomalías que anotaba el senador Restrepo Piedrahita, y por lo tanto los subsanó, pero sin confundir el fondo con la forma y sin sacrificar a la Corte Suprema de Justicia. Desde que entró a regir la reforma Constitucional de 1968, la Corte tiene además de sus tres Salas de Casación Civil (6 magistrados), Penal (8 magistrados), y Laboral (6 magistrados), una Sala Constitucional especializada (4 magistrados), que es la encargada de sustanciar las ponencias de decisión que se adoptan por mayoría absoluta (13 votos), en Sala Plena.

Además, el promedio anual de fallos por parte de la Corte en asuntos de constitucionalidad ha sido igual al de demandas y revisiones forzosas y por vía de objeción (en octubre de 1983 va en 100). La Corte se encuentra al día, no se ha inhibido *de facto*. Sobre acciones públicas el Procurador General de la Nación debe rendir concepto en 30 días, la Sala Constitucional en 30 y la Sala Plena en 60, o sea, que el fallo se profiere a los cuatro meses de iniciada la acción (generalmente la Corte se pronuncia antes del vencimiento del plazo). En relación con revisiones forzosas de decretos de estado de sitio y de estado de emergencia, el Procurador tiene 10 días, la Sala Constitucional otros 10, y la Plena 30, es decir, el plazo se reduce a la tercera parte. En este año la Corte profirió 39 sentencias por este concepto, ninguna fuera del plazo. Y en materia de objeciones presidenciales, según la última jurisprudencia de la Corte, el Procurador tiene 6 días, la Sala Constitucional 6, y la Plena, 6, para un total de 18.

En lo relativo a la competencia de la Corte para decidir sobre la constitucionalidad de los tratados-leyes, no hay necesidad de crear sólo para eso una Corte Constitucional, sino simplemente bastaría que la Constitución lo estableciera expresamente para la actual Corte. Anótase, por último, que en los tres años que llevo como magistrado de la Corte, los fallos en asuntos de constitucionalidad proferidos por la Corporación son más de 300 y que sólo en tres ocasiones la sentencia ha sido elaborada por alguno de los magistrados distintos de los de la Sala Constitucional. De consiguiente, en el noventa y nueve por ciento de los casos, han sido las ponencias, o alguno de los estudios disidentes, de alguno de los cuatro magistrados que integramos la Sala Constitucional, las que se han convertido en sentencias, obviamente, enriquecidas y vigorizadas, rara vez limitadas o restringidas, por el insustituible aporte

51. Restrepo Piedrahita, Carlos, *op. cit.*, p. 105.

del criterio jurídico que precave la esterilidad del especialista, de los colegas de la Sala Plena.

4. Uno de los fragmentos doctrinarios que mejor revelan el exceso de fervor por el control concentrado, y que demuestran el desconocimiento o el desdén respecto del sistema de control judicial por vía de acción pública, provienen del ilustrísimo profesor y tratadista de derecho constitucional de México, Héctor Fix Zamudio, dedicado como el que más al estudio universal de la justicia constitucional, en una de sus más especializadas obras al respecto, al afirmar erróneamente, lo siguiente:

Finalmente, cabe señalar que en este período de veinticinco años (de evolución de la justicia constitucional en el mundo, comprendido entre 1940 y 1945, Mgc.), al cual hemos circunscrito nuestra investigación, además de la propagación del control judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad, *se ha caracterizado por una combinación del tradicional sistema americano en el cual impera, aunque no de manera absoluta, el sistema difuso, incidental y de efectos particulares, con los nuevos criterios de la concentración, vía principal y efectos generales de los sistemas europeos, y así observamos que numerosos ordenamientos americanos, inclusive los mismos Estados Unidos, han introducido algunos elementos de los métodos imperantes en Europa, y especialmente los aspectos de la declaración general de inconstitucionalidad que se va extendiendo por Latinoamérica, como ocurre con los ejemplos de Colombia, Venezuela...* hasta culminar con la creación de un *Tribunal Constitucional*, en cierto modo *inspirado en el modelo austriaco*, en la Constitución guatemalteca de 1965.⁵²

Despejemos:

a) En primer término, el autor confunde, en la historia y en el contenido, "la concentración" o el modelo concentrado, con los efectos generales obligatorios y la vía de acción, propios del sistema colombo-venezolano, naturalmente sin darle parte a sus creadores. Como ya dejamos sentado, los efectos generales y la vía de acción pública (más principal que la "principal" del concentrado), son elementos originarios del tipo colombo-venezolano, que sin duda hubo de conocer el jurista Hans Kelsen, su inspirador, y sin embargo, no por ser de nuestros países éstos hacen parte del sistema concentrado.

b) En segundo, dado que los efectos generales y obligatorios de las decisiones judiciales de constitucionalidad operan en Colombia y Venezuela desde hace más de un siglo, *no son tan "nuevos" los criterios como los pretende el autor.*

c) En tercero, no es que el propio sistema judicial de los Estados Unidos haya comenzado a "concentrarse" y a "desdifundirse", para ser aproxima-

52. Fix Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 155.

dos al sentir del autor, por efectos del modelo europeo o austriaco (que sólo entró a operar desde 1920), sino lo que acontece es que el principio del *stare decisis* que en materia constitucional se atiende en ese país por lo menos desde 1803 (Chief Justice John Marshall), sólo comprensible para quienes parten de la razón histórica, institucional y pragmática del "sistema judicial", es lo que ha determinado que allí, el "judicial review" no sea tan difuso como lo pretenden sus tipologistas y lo que explica que desde mucho antes de que naciera el inspirador del sistema austriaco, Hans Kelsen, ya se hubiera afirmado en Estados Unidos que "la Corte concentraba bajo su poder la Constitución", y que desde entonces se venga criticando "the government by judges".

d) En cuarto lugar, no es aceptable que de un solo plumazo, el profesor Fix Zamudio afirme que últimamente "*la declaración general de inconstitucionalidad se va extendiendo... a Colombia y a Venezuela*", siendo que estos países nada tienen que ver en su organización judicial con el modelo concentrado, y que la raigambre de la declaración judicial de inconstitucionalidad, obligatoria y "erga omnes", pertenece a los albores de sus repúblicas, y por lo tanto, a los del sistema judicial mismo del control constitucional y son de anterioridad centenaria respecto del nacimiento del sistema austriaco.

e) En quinto término, la creación de Tribunales Constitucionales compuestos de especialistas en derecho público, obedece más a una preocupación subjetiva estética, que a una necesidad institucional de la acción pública o de los efectos generales obligatorios de las sentencias de inconstitucionalidad, puesto que, en Colombia y Venezuela, donde no opera el control concentrado (por lo cual entonces sus detractores de inmediato lo ubican en el difuso, confundiendo el órgano con la función, y los efectos con la causa), ya existían desde antes aquellas instituciones.

f) Y, el sexto: parece entonces más bien que con el esfuerzo de imponer la manida tipología entre control concentrado y control difuso, a lo que dé lugar, *se ha utilizado un método sin control y confuso*.

C) *Los reparos a las erróneas críticas. La respuesta sobre las ventajas del sistema integral sobre el concentrado*

Nadie discute que pueda modificarse el actual sistema judicial de control de constitucionalidad imperante en Colombia. Pero no resultaría justo que el cambio se hiciera por error, es decir, por hacer creer que nuestro control es difuso y debe "concentrarse"; que los elementos del tipo concentrado no se logran sin su adopción, y que nuestra Corte no está adecuada institucionalmente para desempeñar la compleja y "esotérica" tarea de los especialistas en derecho público, por el simple hecho de que no todos sus integrantes lo son, o porque

es ineficiente. Estoy seguro de que quienes quieren suprimirle a la Corte Suprema de Justicia su función de control de constitucionalidad, lo hacen porque la han encontrado demasiado independiente y eficiente, pero no por lo contrario. Eso es ya otra cosa, y las razones políticas no son para el debate en esta obra.

1. *Una necesaria explicación personal*

A pesar de que el autor de este ensayo es actualmente magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, me considero con autoridad para preconizar la defensa de dicha Corporación en su tarea de control constitucional, y para rechazar por inconveniente el implantamiento de una Corte Constitucional de especialistas que en su reemplazo la asuma, como se ha venido proponiendo por algunos desde hace más de tres lustros, por las siguientes elementales razones, así una de ellas sea de inmodestia:

a) Porque mis fundamentos jurídicos contra el injerto en Colombia del pretendido y mal llamado control concentrado, fueron expresados en mi condición de profesional raso del derecho y de profesor universitario, desde julio de 1979, o sea, un año antes de que inmerecida e insólitamente me eligieron magistrado de la Corte. Por lo tanto para entonces no tenía respuestas de funcionario interesado sino de ciudadano, las cuales se hallan publicadas en la Revista Derecho Colombiano, bajo el título de "La Reforma Judicial", del mes de julio de 1979, Bogotá, N° 211, Tomo XL, Año 17.⁵³

b) Porque aunque me opongo a la Corte de especialistas no lo hago por no serlo, pues además de "especialista" fui graduado en 1970 como Doctor en Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de París, con tesis laureada, y soy profesor de Derecho Público desde hace más de 15 años, lo cual me hizo aprender desde temprano que cuando uno se especializa, pronto inicia su tarea hacia el conocimiento general y menos unilateral de las cosas.

c) Porque mi experiencia como magistrado de la Corte no sólo me ha comprobado mis hipótesis de doctrinante sino que me las ha consolidado. El control ejercido por la Sala Plena de la Corte, integrada por especialistas, aunque no todos lo son, afortunadamente, de la Sala Constitucional, más los especialistas en sus respectivas disciplinas de la Sala Civil, de la Penal y de la Laboral, asegura no solamente un aceptable conocimiento sectorizado de los temas constitucionales, sino un completo e integrado panorama jurídico, conforme al cual no sólo se examina la Constitución frente a la disposición legal que ejerza, sino también el contenido y significado de la norma que se juzga, ante la Constitución, o sea, que la ecuación mental y de juzgamiento es completa, y no simplemente unilateral o de expertos.

53. Cfr. Gaona Cruz, Manuel, *Revista Derecho Colombiano, cit.*, pp. 45-53.

Y hasta donde yo sé, nuestra Constitución a nadie le prohíbe ser, además de penalista, civilista o laboralista, constitucionalista y administrativista, y filósofo, e historiador, y economista, y humanista; ni a constitucionalista alguno, por sabio que se crea, le hace daño aprender otro poco de lo mismo, más el derecho penal, el civil, el laboral y otras disciplinas por fuera de su reducida especialidad, pues al fin de cuentas, según lo dicho por el propio maestro Kelsen, quien diseñó el control concentrado, el derecho es autárquico y entrelazante, se autointegra, y, lo más importante, no todo es el derecho o lo jurídico, pues las llamadas ciencias sociales y humanas lo explican, lo recubren, y lo justifican, y lo enriquecen de tal manera que hoy en día, con el imperio adicional de la informática y de la telemática, lo más contrario al jurista y al juzgador de constitucionalidad es el pobre especialista.

Con los precedentes prolegómenos de reflexión, reitero aquí, por cuanto ya lo había expresado desde 1979, mis puntos de vista sobre los inconvenientes del control concentrado, frente al integral nuestro.

2. *La radiografía del sistema concentrado frente al nuestro*

No es fácil reducir el llamado "hipertrófico", "híbrido" o "inarticulado" sistema colombiano, cuya etiología histórica y doctrinaria es diferente de aquellos con los que se pretende atrofiar, definir su sexo, o articular, puesto que es un modelo diferente y mejor catalogado y de pronto servirá de referencia a otros países, así hayan adoptado el concentrado. La completud, integridad, dimensión y eficacia de nuestro sistema es innegable.

No es tan sencillo reducir el alazán a rocinante para adecuarlo al tamaño de soñadoras empresas de otrora, ni es razonable renegar porqué no se puede hacer.

He aquí las desventajas del sistema mal llamado "concentrado", frente al colombo-venezolano, mal llamado hipertrófico o difuso.

1º Se preconiza que la Corte Constitucional o una Sala Constitucional especializada y más numerosa que la actual dentro de la Corte Suprema de Justicia, con poder excluyente de decisión respecto de la Plena, y con más atribuciones de control que las que hoy tiene, es decir, no sólo respecto de las leyes, proyectos de ley, y decretos del gobierno con fuerza de ley, sino además con jurisdicción constitucional sobre todos los actos jurídicos administrativos subalternos de la ley, del orden nacional, asegurarían un "control concentrado" y más eficiente, y una jurisprudencia uniforme y vigorosa que enriquecería y esclarecería la doctrina constitucional, así como la "seguridad" y "estabilidad" del orden jurídico, porque sus integrantes, básicamente especializados en derecho público, sólo se dedicarían a esa función y absorberían la totalidad del control

constitucional, hoy disperso entre los tribunales administrativos, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y aún entre los demás jueces y tribunales del país, mediante la llamada vía de excepción de inconstitucionalidad que les permita abstenerse de aplicar normas contrarias a la Carta. O sea, que se sustituiría el "control difuso" actualmente vigente.

2º Pero, con todo comedimento afirmo ante quienes se han ocupado del tema, que *no hay claridad conceptual sobre lo que se entiende por control concentrado y por control difuso. En Colombia existe el control, que yo denomino INTEGRAL Y PARALELO*, más completo de Occidente, y por lo tanto del planeta, como en ningún otro país, salvo Venezuela y Panamá, el cual agrupa tanto el pretendido concentrado como el difuso a la vez, más otras instituciones como la de amparo mexicana, sin hacerlos incompatibles, sino complementarios. Y cualquiera propuesta de reforma hacia el concentrado lo desintegraría en forma absurda e irreparable.

3º No hay que confundir, como defensores y críticos parecen hacerlo, entre el que hemos denominado *Control Integral*, según el cual existe un solo centro jurisdiccional (aunque no necesariamente un solo órgano) de decisión definitiva, unificada y simultánea, por vía general y obligatoria de la validez de un acto jurídico frente a todas las normas jerárquicamente superiores (constitucionales, legales y administrativas superiores), y el *Control Unificado de órgano pero no de competencia por materia*, que apenas supone una aproximación imperfecta a aquél, llamado *impropiamente "concentrado"*, conforme al cual hay unidad de órgano pero no de pronunciamiento sobre la validez completa o total y definitiva del mismo acto que se juzga, ya que su operancia consiste en asignarle a un solo cuerpo jurisdiccional *el control sobre la constitucionalidad de los actos jurídicos del Estado, pero dejándole a otro u otros órganos judiciales la competencia del control de la legalidad de esos mismos actos y de la juridicidad del acto administrativo superior sobre el inferior.*

4º Al quedar establecida la precedente diferenciación se clarifica entonces nuestro sistema: *la razón de ser del control no unificado de órgano, pero sí integrado por materia juzgable, que rige en Colombia, es completa e inmejorable* (al menos por el imperfecto concentrado).

En efecto:

a) *La Corte Suprema de Justicia*, como supremo tribunal judicial de convalidación o de anulación constitucional, *ejerce el control unificado sobre la constitucionalidad de los actos que tienen fuerza o vigor definitivo o provisional de ley*, o sea, de los proyectos de ley, de las leyes, de los decretos extraordinarios o decretos-leyes (artículos 76-12 y 118-8, C.P.), de los decretos planes

(artículo 80, C.P.), de los decretos de autorizaciones (artículos 32 y 76-11, C.P.), de los decretos legislativos o provisionales de estado de sitio (artículo 121, C.P.), de los decretos de emergencia económica y social (artículo 122 (C.P.)), últimamente de los "actos legislativos", o actos de revisión constitucional, en cuanto al cumplimiento de su "rigidez de trámite" (artículos 2, 75, 81 y 218, C.P.), y quizás, de los decretos-leyes de reconducción presupuestal (artículo 209, C.P.). El denominador común de todos estos actos antes mencionados, es el de que *ninguno de ellos puede violar norma superior distinta a la propia Constitución, y por lo tanto no pueden ser invalidados por ilegales sino solamente por inconstitucionales.*

De ahí por qué sea entonces la Corte la encargada de ejercer en forma concentrada la guarda de la integridad y de la supremacía de la Constitución frente a los actos jurídicos ordinarios de máxima jerarquía dentro del Estado: las leyes y los decretos con fuerza de ley. No está demás advertir que cuando un decreto-ley o uno de autorizaciones extralimita la ley que lo facultó o lo autorizó, no es ilegal, sino inconstitucional, porque la Carta es la que señala las condiciones de la habilitación legislativa.

b) *Y el Consejo de Estado, en única o en segunda instancia, y los tribunales administrativos, en primera, ejercen en forma unificada y simultánea, el control de juridicidad integral de constitucionalidad y de legalidad, de los actos administrativos subalternos a la Carta y a la ley, o de los mismos de rango inferior cuando transgreden no sólo el mandato de la Constitución y el de la ley sino también el del acto administrativo jerárquicamente superior.*

c) *Pero el control orgánico que por separado ejercen la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y sus tribunales, con efectos decisorios obligatorios y "erga omnes" o generales, no es difuso ni incompleto, sino integrado, completo y por vía general. Tampoco comporta riesgo de contradicción jurisprudencial, puesto que ninguno de los tribunales interfiere la competencia del otro, ni juzga por razones distintas el mismo acto, ni se pronuncia por lo tanto de manera diferente sobre la norma violada.*

Difuso sería si la Corte tuviera, por ejemplo, que conocer y pronunciarse sobre la constitucionalidad de un acto administrativo nacional o local (como una resolución ministerial, o un decreto de un alcalde), y si al Consejo de Estado o al Tribunal Administrativo no se le permitiera conocer y pronunciarse sino sobre la legalidad de ese mismo acto. E incompleto sería si, como sucede precisamente en Alemania Federal, en Austria, y en Italia, al Consejo de Estado y a los Tribunales sólo se les otorgara atribución para juzgar el acto administrativo frente a la ley o al acto administrativo popular superior, pero no frente a la propia Constitución.

Pero en cambio en Colombia el Juez contencioso-administrativo lo es integralmente, tanto de legalidad como de constitucionalidad; y esa competencia integral se reconoce en Venezuela en favor de la Corte, donde está "centralizado" o unificado el control, que no es lo mismo que "concentrado".

5º No hay que olvidar que en Alemania Federal, Austria e Italia, el control concentrado en manos de la Corte Constitucional es incompleto por cuanto ninguna Corte Constitucional o Tribunal igual, superespecializados en derecho constitucional y ni siquiera en administrativo, conoce de demandas de inconstitucionalidad contra actos administrativos, sino únicamente respecto de leyes y decretos nacionales con categoría y fuerza de ley, o de leyes de los estados (en Alemania y Austria) o regionales (en Italia, donde hay una organización federal-administrativa *sui generis*).

Y quién lo creyera: por incompleto, se torna además difuso el mal llamado "concentrado", por cuanto que son "otros" los jueces y tribunales encargados de *juzgar la legalidad* de los actos administrativos, aunque ni siquiera su constitucionalidad, *por lo cual la Administración goza de una especie de impunidad constitucional y resulta siendo más controlado el legislador que su ejecutor o reglamentador*.

6º Y entonces, a las claras se ve, sin ambages ni términos críticos despectivos o regañones, que el control mal llamado "concentrado" de Austria, de Alemania Federal y de Italia, es también difuso o inarticulado, y quizás más, que el integral colombo-venezolano.

7º *Lo que se pretende entonces para nuestro sistema, por parte de los apologistas del control concentrado, es difundir el control unificado hoy por materia, y unificar el órgano sobre una parte del control material*. Confundiendo control concentrado con unificado, quieren darle a una Corte Constitucional de "especialistas" no sólo el control constitucional de los actos con jerarquía formal y fuerza material de ley (leyes y decretos gubernamentales), sino además el de los actos administrativos del orden nacional; pero el control de la legalidad de estos últimos actos, así como el de constitucionalidad y legalidad de los administrativos del orden local, se dejaría en manos de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, con lo cual, *de todas maneras quedaría "desconcentrado" por órgano el de constitucionalidad respecto de los administrativos locales, o si se impidiese en adelante que la contencioso-administrativa juzgare su constitucionalidad, quedarían revestidos por la Constitución de impunidad esos actos*, y además, se rompería la unidad del control que por materia hoy existe sobre la constitucionalidad-legalidad de todos los actos administrativos (tanto nacionales como locales). O sea, que además de no lograrse su unificación material, se

volvería bifurcado, difuso y confuso su control, o, según el decir popular nacional: "patidifuso".

8º Y se llegaría además al evidente absurdo, que afortunadamente hoy no padecemos, de que por ejemplo un decreto reglamentario del Presidente de la República, que fuera declarado constitucional por la Corte, podría ser luego declarado ilegal por el Consejo de Estado, en la medida en que fuese la ley el foco de la inconstitucionalidad, y no el decreto que la reglamentó. ¿O no? Y viceversa, un decreto de un Director de un establecimiento público de la Administración Nacional, declarado legal por el Consejo de Estado, podría ser hallado luego inconstitucional por la Corte. Es decir, irremediablemente, se bifurcaría o difundiría la integridad o unidad material del control de legalidad y de constitucionalidad de los actos subalternos de la ley, los cuales, hoy se hallan concentrados, integrados, y unificados, en la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

9º Y en cuanto a los inconvenientes de la Corte de especialistas ya hicimos nuestro comentario.⁵⁴ De otra parte, la acción pública es el mejor instrumento de concentración jurisprudencial, pues por lo general quien utiliza la vía incidental, gane o pierda en su pretensión, acude al juez de constitucionalidad en búsqueda de decisión de autoridad, y si éste contradice la ya tomada incidentalmente, ésta sigue protegida por el principio de la "res judicata" (salvo en materia de favorabilidad penal), sólo que en adelante, al igual que el "stare decisis", sus efectos son obligatorios y generales, o "erga omnes".

10. Francamente, entonces, no nos dejemos influir por manías doctrinarias extranjerizantes, que como no nos conocen, nos interpretan mal. Conozcamos lo que tenemos, y no sustituyamos por prurito imitativo cubierto de antimisoneísmo lo que ya hemos perfeccionado y logrado con mayor experiencia llevar a un grado superior de avance y completud, así sea nuestro, por lo imperfecto y aún rudimentario, así sea foráneo. No adoptemos lo apenas aceptable, por ser europeo, deshaciéndonos de lo "inmejorable", por ser del trópico tórrido. No sacrifiquemos un mundo por pulir un mal verso. Y doblemos la página.

IV. LA ESTRUCTURA Y LA OPERANCIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

La materia de este último capítulo se refiere a la organización y al proceso dinámico del control de constitucionalidad y de constitucionalidad-legalidad

54. V. *supra*, Cap. III, Sección Tercera, C1).

colombiano, cuyos mecanismos o vías esenciales se analizaron en el capítulo precedente. Se hará referencia a la evolución histórica del sistema, a los órganos que concurren en su gestión, a la jerarquía normativa colombiana y a la dinámica u operancia del proceso de control.

1. LA EVOLUCION HISTORICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Son tres las etapas fundamentales de evolución cualificada del control de constitucionalidad en Colombia: la del control por un cuerpo político, la del control mixto político-judicial, y la del control judicial. Haremos su análisis por separado.

A) *El periodo del control político*

Dos de los constitucionalistas colombianos que analizan esta evolución, los tratadistas Carlos Restrepo Piedrahita⁵⁵ y Jaime Sanin Greiffenstein,⁵⁶ manifiestan haber tenido en cuenta el ensayo citado por cada uno de ellos, del juriconsulto Eduardo Rodríguez Piñeres, publicado en 1927 y titulado *Relaciones entre los Poderes Judicial y Legislativo*.⁵⁷

El período que yo denomino del Control Político comprende desde la Constitución de Cundinamarca en 1811, hasta la expedición de la Constitución de 1858, con la cual comienza el segundo, o mixto.

1. *Bajo la Constitución de 4 de abril de 1811*, se implantó, como ya examinamos, la acción popular o ciudadana de inconstitucionalidad y el control de constitucionalidad por parte del Senado de Censura, al que se le otorgaban funciones judiciales, conforme al artículo 9º del Título I, cuyo texto se transcribió anteriormente.⁵⁸ Además, como lo prescribía el artículo 2º del Título V de la misma Carta, se instaura también por vez primera la hoy conocida "objección de inconstitucionalidad" por iniciativa de los consejeros del ejecutivo contra las providencias del Presidente de la Representación nacional, o por parte de éste contra las leyes entregadas por el legislativo para su sanción o firma, quienes si encontraban esos actos "subversivos" u opuestos directa o indirectamente, "bajo su sustancia o por no haberse guardado las formalidades pres-

55. Cfr. Restrepo Piedrahita, Carlos, *op. cit.*, pp. 12-24.

56. Cfr. Sanin Greiffenstein, Jaime, *op. cit.*, pp. 102-118.

57. Rodríguez Piñeres, Eduardo, *op. cit.*, en su libro *Por el Reinado del Derecho*, Bogotá, 1927, pp. 248-349.

58. V. *supra*, Cap. III, Secc. Segunda, A)

critas", contra la Constitución, los remitían al mismo Senado de Censura que era el encargado de "*impedir su ejecución*", es decir, de declarar su "inejecutabilidad", o sea, su "inexequibilidad".⁵⁹

2. Con la Constitución de Cúcuta de 1821, la única previsión implícita de control en manos del Congreso, como legislador, se encontraba en los artículos 188 y 189, en los que se estableció:

Artículo 188. Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso.

Artículo 189. El Congreso podrá resolver cualquiera duda que ocurra sobre la inteligencia de algunos artículos de esta Constitución.⁶⁰

3. Según Sanin, la Constitución de 1830 reprodujo este sistema (el de la de 1821, Mgc.), y lo complementó con un texto en virtud del cual la Alta Corte de Justicia debía "oír las dudas de los tribunales superiores sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Congreso por conducto del Poder Ejecutivo".⁶¹

Esta Constitución, prevista como la de 1821 para la Gran Colombia, que comprendía los actuales Estados de Panamá, Colombia, Venezuela y Ecuador, no operó en la práctica, por cuanto aquella se disolvió de hecho en 1830.

4. La Constitución "Centro-Federal" de la Nueva Granada de 1832, dispuso en el ordinal 25 del artículo 74, que era "atribución exclusiva del Congreso" la de "interpretar, reformar y derogar las leyes establecidas", y agregaba en el artículo 161, lo siguiente:

Artículo 161. Las Cámaras de Provincia no tienen facultad de *suspender*, modificar ni interpretar las leyes y resoluciones del Congreso, de ejercer acto alguno ejecutivo ni judicial, ni ninguna otra función que le esté atribuida por la Constitución o la ley. *Sus resoluciones deliberativas deben ser anualmente sometidas al Congreso por medio del Presidente de la República, y son exequibles mientras no sean expresamente improbadas.* Todo procedimiento en contrario será un atentado contra la seguridad y el orden público.⁶²

59. La expresión que utiliza la Corte en sus sentencias, prevista en el artículo 214 de la Constitución colombiana, de declarar una norma acusada como "exequible" o "inexequible", por ajustada o por contraria a la Constitución, según el caso, significa que el fallo anulatorio "*impide su ejecución*" o declara "*inejecutable*" el acto, y tiene su origen en la Constitución de 1811.

60. Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Las Constituciones de Colombia*, T. II, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1977, p. 737.

61. Sanin Greiffenstein, Jaime, *op. cit.*, p. 102.

62. Uribe Vargas, Diego, *op. cit.*, T. II, pp. 800 y 818.

5. Conforme a la *Constitución Centralista de 1843*, persistía el principio consagrado en la de 1832 sobre la "atribución exclusiva del Congreso" de "interpretar, reformar o derogar cualesquiera leyes o actos legislativos vigentes" (artículo 67, ordinal 15), y se contemplaba además la facultad para el Presidente de la República de objetar por indebido curso constitucional los proyectos que para su sanción le enviara el Congreso (artículo 82).⁶³

6. En la *Constitución de 1853*, la más flexible de nuestra historia constitucional, se consagró la posibilidad de revisión suya sin especiales requisitos de rigidez y como si se tratase de modificar o aprobar una simple ley (artículo 57). Por lo tanto, bajo su égida no operó forma alguna de control.⁶⁴

B) *El periodo del control mixto, político-judicial*

1. A partir de la vigencia de la *Constitución de la Confederación Granadina, de 1858*, entró a operar en Colombia en el control de constitucionalidad el poder judicial, por intermedio de la Corte Suprema de Justicia. Se instituyó un sistema combinado o mixto de control, consistente en que le correspondía a la Corte "*suspender la ejecución*" de las leyes de las legislaturas de los estados (inexequibilidad suspensiva), y enseguida debía dar cuenta al Senado del Congreso de la Unión para que éste *decidiera definitivamente* sobre la validez o nulidad de dichos actos (inexequibilidad definitiva).

Disponíase en el artículo 50 de aquel Estatuto:

Artículo 50. 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 éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos.*⁶⁵

O sea, que se *combinaban competencias de suspensión jurídico-judicial y de anulación político-legislativa*, y la Corte aún no decidía definitivamente sobre la exequibilidad de tales actos.

2. Dicho sistema mixto se preservó en la *Constitución Federal de 1863*, en los artículos 51 y 72, consagrándose de nuevo, además, la acción popular de inconstitucionalidad, de la siguiente manera:

Artículo 51. Son atribuciones del Senado:

...

5* *Decidir definitivamente sobre la nulidad o validez de los actos legis-*

63. Cfr. Uribe, *idem*, pp. 842-845.

64. Cfr. Uribe, *idem*, p. 880.

65. Cfr. Uribe, *idem*, p. 905.

lativos de las Asambleas de los Estados y que se denuncien como contrarios a la Constitución de la República.

Y,

Artículo 72. Corresponde a la Corte Suprema *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 éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos.⁶⁶

C) El periodo del control judicial

a) La fase arcaica

A partir de la *Constitución de 1886*, que es la que aún nos rige, ya próxima a su centenario, se abolió el control de constitucionalidad por parte del Senado y se entregó únicamente a la Corte Suprema de Justicia, aunque inicialmente contraído apenas al mecanismo de "objección presidencial" y no a la acción popular, la cual sólo se restauraría con la reforma constitucional de 1910.

1. El texto del precepto constitucional sobre las objeciones presidenciales es el siguiente:

Artículo 90. Exceptúase de lo dispuesto en el artículo 88 (en el que se disponía que el Presidente no podía volver a objetar un proyecto de ley cuyas objeciones hubieren sido reconsideradas ya por el Congreso, Mgc.) el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto.

2. Pero además, se prescribió en el artículo 21 de la Carta, una especie genérica de vía incidental implícita o de excepción aplicativa de inconstitucionalidad, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 21. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio activo quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

Al parecer, este precepto constitucional sirvió de inspiración al legislador ordinario de 1887, quien mediante el artículo 5º de la Ley 57 de dicho año, dispuso:

66. Cfr. Uribe, *idem*, pp. 944 y 951.

Artículo 5º. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Esta disposición legal con la que se consagró lo que más tarde iría a ser la vía incidental de excepción de inconstitucionalidad por inaplicación de norma inferior contraria, no tuvo inicial operancia por cuanto en el mismo año el legislador expidió el artículo 6º de la Ley 153 de 1887, que decía:

Artículo 6º. Una disposición expresa de ley, posterior a la Constitución, se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución.

3. O sea que, en la realidad, sólo era permisible a los jueces "desaplicar" normas legales incompatibles con la Constitución de 1886, que hubieran sido expedidas con anterioridad a ella, mas no las posteriores a ella, las cuales estaban amparadas por la presunción de constitucionalidad. Agrégase a ello que, según la doctrina y la jurisprudencia imperantes para la época, derivadas de la interpretación del artículo 52 de la Carta, sólo podían ser desaplicadas las normas legales anteriores a la Carta de 1886 que contradijeren disposiciones constitucionales que hubieran sido desarrolladas por el legislador, y no las contrarias a preceptos constitucionales no desarrollados en la ley. Llegóse al absurdo entonces de tener que insertar en la parte inicial del Código Civil colombiano, como ley, el Título III de la Constitución, en el cual se consagran los derechos y las libertades fundamentales de los gobernados, para que los jueces pudiesen hacer efectivo el limitado principio del artículo 6º de la Ley 153 de 1887.

Fue así como el artículo 7º de la Ley 153 de 1887 estableció, en desarrollo del mandato del artículo 52 de la Constitución, lo siguiente:

"El Título III de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales tiene también fuerza legal y dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil".

4. Terminóse convenciendo todo el mundo de que para poder darle prelación a la Constitución había que "legalizarla", por lo cual, resultaba más entendible y aceptable la "ilegalidad de la Constitución que la inconstitucionalidad de la Ley".

b) *La fase moderna*

1. Tan enrevesado sistema sólo operó entre 1886 y 1910, y a partir de este año, tomando como antecedente la Ley 2ª de 1904, se aprobó el Acto Legislativo N° 3, en cuyos artículos 40, 41 y 59, se dispuso:

Artículo 40. (Hoy codificado como el artículo 215 de la Constitución, Mgc.). En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Artículo 41. (Hoy 214 de la Carta, pero modificado). 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 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.

Artículo 59. Son atribuciones de los Gobernadores...

7º Revisar los actos de las Municipalidades y de los Alcaldes *por motivos de inconstitucionalidad* o de ilegalidad, revocar los últimos y *pasar los primeros a la autoridad judicial, para que ésta decida sobre su exequibilidad.*

2. En esencia, mediante el Acto Legislativo N° 3 de 1910, se calificó y enrumbo definitivamente nuestro sistema judicial de control de constitucionalidad actualmente imperante, el que iría a ser complementado luego esencialmente por lo dispuesto en las reformas constitucionales de 1945 y de 1968.

Los rasgos determinantes de la reforma constitucional de 1910 sobre el control fueron los siguientes:

1º) Se reinstauró *la vía de acción popular* o ciudadana de inconstitucionalidad, que había dejado de regir desde 1886.

2º) Se le dió a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y se unificó en ella, por competencia de materia, tanto *la decisión suspensiva de inexequibilidad* que se le había reconocido en las Constituciones de 1858 y de 1863, como *la decisión definitiva de inexequibilidad* que venía ejerciendo el Senado, por mandato de las mismas Constituciones, entre 1858 y 1886.

3º) Se concentró en la Corte, por razón del órgano, el control de constitucionalidad de los proyectos de ley o de actos legislativos, de las leyes y de los decretos.

4º) Se preservó *la vía de objeción presidencial* prescrita en el artículo 90 de la Carta de 1886, aún vigente.

5º) Pero nada se expresó sobre el control de constitucionalidad, ni sobre el de constitucionalidad-legalidad, de los actos administrativos nacionales y locales distintos de los decretos. La única pauta del Constituyente se consagró en el ordinal 7º del artículo 59 del Acto Legislativo, conforme al cual los gobernadores tenían la facultad de revisión y reenvío a la autoridad judicial (sin especificar cuál), de los actos de las Municipalidades que considere inconstitucionales para que aquélla decidiera sobre su exequibilidad.

6º) Se instituyó además la vía incidental o de excepción de inconstitucionalidad, como norma que sellara la polémica aplicativa de la ley, surgida por efecto de lo prescrito en los artículos 6º y 7º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 de 1887, todos los cuales fueron derogados.

No hay duda de que lo descrito en los puntos 1º a 4º, correspondería a lo que más tarde se llamaría el control concentrado creado en 1920 en Austria, y que lo de los puntos 5º y 6º, sería lo buscado por varios tratadistas como elementos del control difuso.

c) *La fase actual*

1. Pero posteriormente, como no quedó claridad sobre la competencia judicial relativa al control de legalidad de los actos administrativos nacionales y locales, ni sobre el de constitucionalidad de alguno de ellos, mediante los artículos 52, 71, 72 y 77 de la Ley 130 de 1913, se consagró la acción ciudadana o popular de inconstitucionalidad o anulación de las ordenanzas departamentales y de los acuerdos municipales.

Dicho estatuto fue luego modificado por la Ley 167 de 1941, correspondiente al actual Código Contencioso-Administrativo, cuyo artículo 66 consagra la acción contencioso objetiva de nulidad por vía general y popular; en el 67 se reconoce la acción contencioso-subjetiva de restablecimiento del derecho y plena jurisdicción contra actos; y en el 68, la de restablecimiento y plena jurisdicción por un hecho de la Administración. Todas esas funciones son entregadas a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, o sea, al Consejo de Estado y a los Tribunales administrativos. La cuantía de la indemnización o la naturaleza del acto o su origen local o nacional, determinan que el Consejo conozca de ellos en única o en segunda instancia, y los tribunales en primera o en única, conforme al Decreto 528 de 1964.

2. *Con la reforma constitucional de 1945*, se investió a los gobernadores de la nueva función de "objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanzas de las asambleas departamentales" (C.P., artículo 194, ordinal 7º).

Pero por virtud de la influencia de lo regulado como respuesta a una necesidad, por las leyes 130 de 1933, y 167 de 1941, dicha reforma adicionó el artículo 214 de la Constitución, y además creó otro, el 216, quedando ambos del siguiente tenor:

Artículo 214. 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 confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 (decretos de autorizaciones y decretos extraordinarios con fuerza de ley, ambos de habilitación legislativa, Mgc.) y el artículo 117 de la Constitución Nacional (decretos legislativos o excepcionales y provisórios de estado de sitio), cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación.

Artículo 215. Como estaba.

Artículo 216. Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocer de las *acusaciones por inconstitucionalidad* de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución.

3. Durante la vigencia del Acto Legislativo N° 1 de 1960, la única modificación sustancial que operó en cuanto al control judicial de constitucionalidad fue la de que respecto de los decretos legislativos de estado de sitio, ya no eran los ciudadanos sino el Congreso el que los acusaba. Pero esto se modificó con la reforma de 1968.

4. *Finalmente, mediante la Reforma Constitucional de 1968, se hacen las siguientes modificaciones esenciales al sistema:*

1º Se crean nuevos decretos gubernamentales con fuerza de ley, los cuales quedan sometidos al control de la Corte por vía de acción ciudadana o popular, ellos son: *los decretos planes*, instituidos en el artículo 80, que serán expedidos por el Gobierno, cuando pasados once meses el Congreso no se pronuncie sobre los proyectos de ley que aquél le hubiera presentado sobre planes y programas de desarrollo; y *decretos leyes*, derogatorios de la ley y no meramente provisórios como los legislativos de estado de sitio, de *emergencia económica y social*, expedidos por el Gobierno, según el artículo 122, cuando se halle turbado el orden público, económico o social del país.

2º Se consagra el control forzoso u oficioso de los decretos legislativos de estado de sitio (artículo 121, C.P.), y de los nuevos de emergencia económica y social (artículo 122, C.P.). Los ciudadanos ya no los demandan pero impugnan o coadyuvan su exequibilidad.

3º) Se crea dentro de la Corte Suprema de Justicia la Sala Constitucional, integrada por especialistas en derecho público, encargada de preparar los proyectos de sentencias de inconstitucionalidad ante la Corte Plena.

4º) Se establecen plazos rigurosos para que el Procurador y la Corte emitan su concepto y su fallo, tanto respecto de las acciones de inconstitucionalidad como de las revisiones forzosas o automáticas, bajo causal de destitución por mala conducta si se extralimitan en el tiempo.

En el resto, la jurisdicción del control y del sistema quedan como estaba, en todo lo cual corresponde a las doce (12) vías o mecanismos que ya se mencionaron sistemáticamente, en la Sección Primera del Capítulo precedente.⁶⁷

5. *Los textos de los preceptos de la Carta relativos al control de constitucionalidad, actualmente vigentes, a partir de la reforma constitucional de 1968, son los siguientes:*

Artículo 90. Exceptúase de lo dispuesto en el artículo 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema de Justicia, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto (Constitución de 1886).

Artículo 121. . . .

Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo para que aquélla decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente y de oficio su conocimiento.

Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los magistrados responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario (Reforma de 1968).

Artículo 122. . . .

Parágrafo. Su redacción es idéntica a la del artículo precedente, lo único es que el artículo 121 se refiere a los decretos legislativos de estado de sitio, en tanto que el 122 hace relación a los decretos de emergencia económica. (Reforma constitucional de 1968).

Artículo 194. Son atribuciones del Gobernador:

7ª) Objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanzas, y sancionar y promulgar las ordenanzas en forma legal.

8ª) Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros al tribunal competente para que éste decida sobre su exequibilidad. (Reformas constitucionales de 1910 y de 1945).

67. V. *supra*, Cap. III, Secc. Primera.

Artículo 214. 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 confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

1*) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimientos en su formación.

2*) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes, y los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir el Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 y 122, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.

La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional compuesta de magistrados especialistas en derecho público.

El Procurador General de la Nación y la Sala Constitucional dispondrán, cada uno, de un término de treinta días para rendir concepto y ponencia, y la Corte Suprema de Justicia de sesenta días para decidir. El incumplimiento de los términos es causal de mala conducta que será sancionada conforme a la ley. (Reforma de 1968).

Artículo 215. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales (Reforma de 1910).

Artículo 216. Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución. (Reformas de 1945 y de 1968).

2. LA MORFOLOGIA Y EL FUNCIONAMIENTO DEL CONTROL

Además de las disposiciones constitucionales precedentemente transcritas, los estatutos básicos reguladores del control de constitucionalidad y de constitucionalidad-legalidad de los actos jurídicos son la Ley 67 de 1941, el Decreto 2.733 de 1959, el Decreto 528 de 1964 y la Ley 58 de 1982, en cuanto al régimen contencioso-administrativo y, el Decreto 432 de 1969, el Decreto 250 de 1970 y su reglamentario 1.660 de 1978, el Decreto 1.265 de 1970 y el Decreto 41 de 1971, en relación con el régimen de constitucionalidad para la Corte. Con

fundamento en esas disposiciones se hará una presentación de la morfología y dinámica del control, a cuyos preceptos se hará particular mención en la medida del desarrollo de estos comentarios.

A) *La organización de los Altos Tribunales de la jurisdicción constitucional y de legalidad*

a) *La Corte Suprema de Justicia*

La Corte Suprema de Justicia es el Tribunal Supremo de la Jurisdicción ordinaria y de la constitucional. No es un órgano de decisión política, sino una institución judicial encargada de asegurar y sancionar la jerarquía de las normas jurídicas del Estado.

Es un organismo colegial. Está integrado por veinticuatro (24) magistrados, distribuidos en cuatro Salas, así: cuatro (4) magistrados integran la Sala Constitucional, seis (6) la Sala Civil, seis (6) la Sala Laboral y ocho (8) la Sala Penal. Los veinticuatro (24) magistrados reunidos conforman la Sala Plena.

La Corte Suprema de Justicia está constituida paritariamente, por representantes en número igual de los dos partidos políticos tradicionales del Frente Nacional, a saber, el conservador y el liberal. La paridad política de la Corte, establecida a partir de la reforma constitucional plebiscitaria de 1957 (artículo 148, C.P.), persigue sin duda evitar precisamente que la institución se torne en organismo de decisión política, por lo cual se estimó conveniente dar en su seno representación igual a las dos fuerzas políticas. A pesar de exigir a los magistrados su filiación política para efectos de su incorporación a la Corte, la Constitución les prohíbe expresamente, una vez vinculados, su participación activa en cualquier partido político o debate electoral.

Las vacantes de la Corte se llenan nombrando los magistrados por el sistema de cooptación colectiva, mediante la elección por los dos tercios de los miembros que componen la Corporación, respetando, claro está, el requisito de la paridad política. Los magistrados son elegidos con carácter vitalicio, y solamente deben retirarse de la institución en caso de mala conducta o cuando hayan llegado a la edad de retiro forzoso (65 años), según el mandato del artículo 148 de la Constitución. El sistema de cooptación y la inamovilidad de los magistrados garantizan de manera satisfactoria una autonomía de origen y de funcionamiento bastante benéfica para las decisiones jurisprudenciales de la Corporación. No obstante, en la práctica, la Corte se ha venido renovando casi en su totalidad cada diez años.

La Corte tiene un Presidente, elegido anualmente por sus miembros. Así mismo, cada Sala elige por el mismo período su respectivo Presidente (C. P.,

artículo 148). Los presidentes forman la Sala de Gobierno de la Corporación (Decreto 250/70).

Las decisiones jurisprudenciales en materia de control de la constitucionalidad de los actos jurídicos que son de su conocimiento, se toman en Sala Plena, por la mayoría absoluta de sus integrantes para la parte resolutive de la sentencia, y por mayoría relativa para los considerandos (Decreto 432/69, artículo 31, y Decreto 1265/70, artículo 11), previo debate y ponencia aprobada en Sala Constitucional por mayoría de votos. Cuando no se llegue a un acuerdo mayoritario sobre algún proyecto de sentencia en la Sala Constitucional, los magistrados disidentes de la Sala deberán manifestar por escrito las razones de su desacuerdo y la Corte adoptará como ponencia la respaldada por la mayoría (Decreto 432/69, artículo 8º). La sustanciación de los asuntos de constitucionalidad corresponde por turno a los magistrados de la Sala Constitucional. Cuando ninguno de los estudios o ponencias de la Sala Constitucional fuere acogido por la Sala Plena, la tesis mayoritaria de la Plena se impondrá y el Presidente sorteará un ponente entre los restantes de la corporación que la compartan (Decreto 432/69, artículo 10).

La Corte, en los asuntos de su competencia en materia constitucional, no puede operar de oficio, salvo en el caso del control forzoso o automático de algunos decretos gubernamentales. Además, le concierne apenas decidir sobre la parte pertinente de la norma acusada, o sobre las disposiciones demandadas u objetadas, sin poder exceder su interpretación en relación con las demás disposiciones de la ley, del proyecto o del decreto. No hay pronunciamiento o sentencia "ultra petita".

No obstante, la Corte debe confrontar las disposiciones objetadas, revisadas o acusadas, con la totalidad de los preceptos de la Constitución, y no sólo respecto de los que se estimen violados por el actor o por el Presidente de la República, según el caso; y si encontrare que han sido trasgredidas por el proyecto, la ley o el decreto, normas constitucionales distintas de las indicadas en la objeción, intervención o demanda, o que la violación de ellas se ha realizado por causa o en forma diferente de la invocada, procederá a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad, por los motivos diferentes a los de la objeción o demanda. O sea que, aunque no es procedente el "ultra petita", sí es viable y aun obligatorio el "obiter dictum" en los considerandos (Decreto 432/69, artículo 29).

Cuando al proceder el fallo de constitucionalidad de una ley o decreto, encontrare la Corte que la norma acusada o revisada perdió ya su vigencia, la decisión será inhibitoria, por sustracción de materia o por "carencia de objeto",

ya que la impugnación de inconstitucionalidad sólo se predica, según ella, de las normas vigentes y no de las derogadas.

b) *El Consejo de Estado*

El Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso-administrativa de constitucionalidad-legalidad. Tiene por encargo definir los negocios originados en las decisiones que tome la Administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades. Le corresponde además decidir sobre la constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, distintos de los gubernamentales cuyo conocimiento esté atribuido a la Corte (C.P., artículo 216).

Es también como la Corte, un organismo colegial, y sus magistrados son elegidos por cooptación y respetando el requisito de la paridad política. Igualmente, los Consejeros de Estado son vitalicios y sólo deben retirarse de la Corporación en caso de mala conducta o de llegar a la edad de retiro forzoso (C.P., artículo 148).

El Consejo de Estado está integrado por veinte (20) Consejeros y dividido en dos Salas: Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de Consulta y de Servicio Civil. Además tiene adscritos, como representantes del Ministerio Público, seis Fiscales.

La Sala de lo Contencioso Administrativo se subdivide en cuatro Secciones de cuatro Consejeros cada una, según designación que para cada Sección haga el Consejo. La Sala de Consulta y de Servicio Civil está integrada por cuatro miembros.

Respecto de las acciones de nulidad constitucional de los actos administrativos de competencia del Consejo, las decisiones se toman a nivel de Sección de lo Contencioso-Administrativo, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual los Consejeros de toda la Sala Contenciosa lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que esté conociendo del asunto.

B) *La jerarquía de las normas jurídicas en Colombia*

En Colombia existe una jerarquía estricta de reglas jurídicas que debe respetarse y cuya transgresión se sanciona con anulación jurisdiccional, la cual asegura no sólo la validez suprema de la Constitución, sino la de la ley y la de los actos con fuerza de ley sobre los actos administrativos, así como la superioridad entre éstos.

1º *La Constitución*

La normación jerárquica superior es la Constitución, establecida como el acto supremo de la autoridad suprema del Estado, a la cual deben estar subordinadas las otras autoridades estatales y sus actos.

2º) *La Ley*

En segundo término, siguiendo el orden descendente de la jerarquía establecida, se encuentra la ley, acto del Congreso, la cual se halla a su vez colocada por encima de los actos que la reglamentan, ejecutivos y administrativos, expedidos por el Ejecutivo del Estado.

Según el artículo 76 de la Constitución, es el Congreso el que ejerce la función de "hacer las leyes", de "interpretar, reformar y derogar las leyes pre-existentes" (ordinal 1º, artículo 76, C.P.), y de "expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones" (ordinal 1º, *ibidem*). Ha entendido la Corte que cuando no haya disposición expresa en la Constitución sobre la competencia para expedir actos jurídicos, ésta le corresponde al Congreso, en virtud de la cláusula general o implícita de competencia de legislación.

Pero dentro del ámbito de legislación asignado al Congreso, son diversas las clases y aún las categorías de leyes, a las cuales nos referiremos en seguida:

a) *Leyes aprobatorias de Tratados Públicos*

Según el artículo 76, ordinal 18, de la Constitución, es el Congreso el que aprueba o imprueba los tratados y convenios que celebre el gobierno con otros Estados o con instituciones internacionales. En relación con los tratados-leyes, la Corte ha sostenido desde 1914 que es incompetente para conocer de demandas contra las leyes que los hayan aprobado. Sin embargo, mediante reciente fallo, de septiembre de 1983, con el que de nuevo se declaró inhibida la Corte para conocer de la demanda ciudadana que se intentó contra la Ley 27 de 1980, por la que se aprobó el Tratado de Extradición entre Estados Unidos de Norteamérica y Colombia, trece de los veinticuatro magistrados, aunque por razones distintas, fuimos partidarios de que cuando se demande una ley aprobatoria de un tratado internacional, ésta puede permitir pronunciamiento de fondo por parte de la Corte sobre su exequibilidad sólo si ha sido acusada con antelación al perfeccionamiento del tratado, es decir, al canje de notas o al depósito de ratificaciones; pero que después de tal circunstancia, el acto se torna complejo e indesatible por la jurisdicción constitucional nacional, y sólo es denunciabile o demandable por las vías prescritas en el Derecho Internacional. No es que la Corte convalide las eventuales violaciones del tratado-ley perfeccionado frente a la Constitución; simplemente ella entiende, que una vez salida la vigencia del

acto complejo del fuero jurisdiccional anulatorio nacional, la Corte carece de competencia para pronunciarse al respecto. Dado que el tratado-ley de extradición que suscitó la nueva jurisprudencia, ya se encontraba perfeccionado al tiempo de incoar la acción, resultó entonces en la Corte una mayoría, por razones diferentes, coincidente en este caso en el fallo inhibitorio.

b) *Leyes Orgánicas*

Son las que la Constitución defiere al Congreso para estructurar u organizar las instituciones básicas creadas por ella. Son estatutos generalmente exhaustivos y detallados; que regulan íntegramente la materia de que se trate, y que en algunos casos no pueden ser dictados ni modificados por el Congreso sino previa iniciativa legislativa exclusiva del gobierno y no de los parlamentarios (artículos 79-2 y 182, C.P.).

Tiéñense como ejemplos de leyes orgánicas sustancialmente las siguientes: la Ley orgánica o normativa del Presupuesto Nacional (Decreto-Ley 294, de 1973), expedida por el gobierno por facultades extraordinarias de habilitación legislativa, de acuerdo con el mandato del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución, y correspondiente dicha ley al enunciado de su desarrollo señalado en el artículo 76-3 de la misma; la Ley normativa del Plan (Ley 38 de 1981), dictada por el Congreso en cumplimiento de la previsión del artículo 76-4 de la Carta; la Ley orgánica de la Administración Pública centralizada (Decreto-Ley 1.050 de 1968, expedido en virtud de las facultades extraordinarias de la Ley 65 de 1967), y 76-9 de la Constitución, que le permite al legislador determinar la estructura de la Administración; la Ley de Crédito Público, Comercio Exterior y Cambio Internacional, a la que algunos denominan también "ley cuadro" (correspondiente al Decreto Orgánico 444 de 1967), expedido en ejercicio de las atribuciones del artículo 76-22, previa una ley de facultades extraordinarias que de acuerdo con el artículo 76-12 permitía la provisoria delegación de tal competencia al gobierno; la Ley 46 de 1971, sobre situado fiscal, dictada con invocación de la competencia del Congreso, previa iniciativa del Ejecutivo, para entregar a las entidades territoriales descentralizadas de la Nación una parte del presupuesto nacional para prestar los servicios públicos de su cargo, según la previsión del artículo 182 de la Carta. Ninguna de estas leyes o decretos-leyes, pueden ser modificados sino a virtud de propuesta legislativa proveniente exclusivamente del Gobierno ante el Congreso.

Hay además otras leyes orgánicas, cuya iniciativa legislativa puede provenir, tanto de los miembros del Congreso como del Gobierno, cuales son: la Ley 7ª de 1945, y la Ley 17 de 1970, orgánicas o reglamentarias del Congreso, expedidas con fundamento en el artículo 76-6 del Estatuto Constitucional que le atribuye a éste la facultad de expedir su propio reglamento; o las leyes orgánicas

sobre las condiciones para creación de municipios y de asociaciones de municipios y áreas metropolitanas, que son las leyes 1ª de 1975 y 14 de 1979, dictadas de conformidad con las atribuciones de los artículos 76-5 y 198 de la Constitución.

La jerarquía de las leyes orgánicas es especialísima. Estas se hallan colocadas entre la Constitución y demás leyes, por cuanto su violación por parte de alguna ley ordinaria puede ser tomada como infracción directa del mandato constitucional que ellas desarrollan. Así, por ejemplo, mediante sentencia de 3 de noviembre de 1983, la Corte Suprema de Justicia acogió los argumentos de los ciudadanos demandantes y declaró inexecutable el Acto Legislativo N° 1 de 1979, reformativo de la Constitución misma, fundamentalmente porque halló que el Congreso constituyente no se ciñó al trámite de adopción, discusión, aprobación y acumulación previsto para las leyes y actos de legislación en las Leyes Orgánicas 7ª de 1945 y 17 de 1970, reglamentarias del funcionamiento del Congreso, por cuanto en el primer debate de la primera legislatura ordinaria, la Comisión Primera de la Cámara estaba integrada en forma irregular, y porque en el tránsito entre la primera y la segunda legislaturas, fueron acumulados varios proyectos de revisión en contra de lo prescrito en tales leyes, las cuales, a su vez, dieron cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 172 y 81 de la Constitución.⁶⁸

c) *Leyes Cuadro*

Corresponden a la tipología de las leyes cuadro francesas, reguladas en el artículo 37 de la Constitución de 1958 o de la V República. En Colombia fueron señaladas en el ordinal 22 del artículo 76 de la Constitución, y son de las que expide el Congreso en asuntos relativos al comercio exterior, la deuda externa, el cambio internacional, el régimen de aduanas y de aranceles.

Aunque la Corte ha declarado exequibles varios preceptos del Estatuto Cambiario, o del Decreto 444 de 1967, ya mencionado arriba como Ley orgánica, puesto que no son incompatibles una y otra, sin embargo, en sentencia de la que yo disenti, declaró inexecutable en abril de 1982, varias disposiciones de la Ley de zonas francas, sobre regulación del régimen de aduanas, tarifas, aranceles y estructuración de los establecimientos de libre comercio aduanero, por estimar que, al igual que en Francia, este tipo de leyes sólo deben regular "los principios generales", dejándole los demás asuntos a la reglamentación amplia del Ejecutivo, cuando lo que hay que entender es que la ley cuadro en Colombia significa simplemente que el legislador debe, "por lo menos", enmarcar la acción del Ejecutivo en las materias que se indiquen, pero no, que si el Congreso decide

68. Cfr. Gaona Cruz, Manuel; Roldán, Tarsicio; Alarcón Núñez, Oscar; Cancino, Antonio, y Giraldo Gómez, J. Clímaco, en *La Caída de la Reforma Constitucional del 79*, Bogotá, Temis, 1983.

ir más allá de ese mínimo enmarcamiento, resulte violando la Constitución, pues como se advirtió antes, en Colombia, a diferencia de Francia, la cláusula general de competencia es atribución del Congreso y no, como allá, del Ejecutivo; entre nosotros no hay "deslegalización", sino más bien "desreglamentación", de materias.

d) *Leyes de facultades extraordinarias*

Son las leyes de habilitación legislativa del Congreso al Ejecutivo, que según el artículo 76-12 de la Carta, aquél le concede al Presidente de la República en forma temporal, sobre precisas materias y cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen, a fin de que éste expida "decretos-leyes" sobre las materias de las facultades conferidas. Dichas leyes pueden ser amplias sin dejar de ser precisas, con tal de que sean claras, pero no ambiguas ni vagas por cuanto que en estos dos últimos casos infringen la Constitución. Así lo dejó sentado la Corte en reciente fallo de agosto de 1983.

e) *Leyes de autorizaciones*

Son las de habilitación del Congreso al Ejecutivo sin condiciones de temporalidad ni de precisión, sobre negociación de empréstitos, celebración de contratos y ejercicio de otras funciones "dentro de la órbita constitucional", que aquél le entrega en materia relativa a asuntos administrativos. Ejemplo de ellas es la Ley 7ª de 1943, que fue declarada exequible por la Corte, y con fundamento en la cual el Gobierno viene desde entonces regulando lo relativo al régimen de congelación de arrendamientos.

f) *Leyes codificadas*

Las que en ejercicio del artículo 76-2 de la Constitución el Congreso expide en materias de organización armonizada y coherente de carácter sustancial y procedimental sobre las disciplinas básicas del derecho como son los códigos Civil, de Comercio, Penal, Laboral, de Policía, Fiscal, Administrativo, de Aduanas, de Minas, y los de Procedimiento de esas mismas especialidades, los cuales, hoy en día, en su mayoría, han sido modificados, o regulados íntegramente, por medio de decretos-leyes expedidos en virtud de leyes de facultades extraordinarias.

g) *Leyes de honores y de auxilios*

Aunque formalmente son provenientes del Congreso, por razón de su materia están destinadas a producir efectos subjetivos o concretos, como es el caso de los honores rendidos a próceres o personajes notables de la patria (artículo 76-17, C.P.), o de los auxilios presupuestales a determinadas regiones o localidades o de fomento de empresas útiles o benéficas (artículo 76-20).

h) *Leyes aprobatorias de contratos*

En una modalidad específica que menciona el tratadista Luis Carlos Sachica, sobre la cual expresa: "en lo tocante a las leyes que autorizan contratos, no debe olvidarse que la Constitución asigna al Presidente de la República la competencia para celebrarlos (artículo 120-13), y que si las autorizaciones son generales, para cierta clase de contratos, e indefinidas en el tiempo, se agotan al celebrarse el contrato autorizado por una sola vez". A su juicio son las reguladas en los artículos 76-11, supongo que en parte, porque sobre éste también se sustentan las leyes de autorizaciones, y 76-16 de la Carta. En rigor, por tanto, son también leyes de efectos subjetivos o concretos como las precedentes.⁶⁹

i) *Leyes ordinarias*

Son todas las demás que la Constitución señala para el Congreso y las que, sin corresponder a atribución constitucional expresa, aquél puede expedir en virtud de la cláusula general e implícita de competencia de legislación.

3º) *Los decretos gubernamentales*

Son los que expide el Ejecutivo y tienen la misma jerarquía normativa y fuerza material de la ley, pues derogan y modifican leyes y no pueden ser a su vez derogados y modificados sino por ley. Son por lo tanto, equiparables a la ley. Son ellos:

Los decretos-leyes o decretos extraordinarios con fuerza de ley, dictados por el Gobierno en uso de las atribuciones conferidas mediante leyes de facultades extraordinarias por el Congreso, los cuales no pueden válidamente extralimitarse en relación con las precisas materias para las que han sido previstas, ni ser expedidos más allá del tiempo prescrito para su ejercicio (artículos 76-12 y 118-8, C.P.). *Los decretos planes*, proferidos por el Gobierno cuando el Congreso no expide en tiempo oportuno, por medio de leyes, los planes y programas de desarrollo económico y social (artículo 80, C.P.). *Los decretos de autorizaciones*, emitidos por el Ejecutivo con fundamento en las leyes de autorizaciones a que se refieren los artículos 76-11 y 118-8 de la Constitución. *Los decretos de emergencia económica y social*, que edita el Gobierno en caso de conmoción excepcional del orden público económico o social del país (artículo 122, C.P.). Dichos decretos son denominados indistintamente como "extraordinarios" o como "legislativos", con impropiedad, pues no son extraordinarios, ya que este calificativo sólo corresponde a los decretos-leyes de facultades extraordinarios arriba referidos, ni son legislativos, puesto que éstos son únicamente los de estado de sitio. En efecto, el calificativo de "extraordinarios" debe ser sustituido por el de "decretos excepcionales" o derivados de situaciones de excepción, y el de "legislativos"

69. Cfr. Sachica, Luis Carlos, *El Control...*, *Idem*, pp. 81 y 82.

significa que son actos de naturaleza provisional y no definitiva, que únicamente rigen mientras dure el estado de excepción y, que por lo tanto, no derogan sino que apenas suspenden en su vigencia a las leyes que sean incompatibles o contrarias con el estado de sitio. *Los decretos de reconducción presupuestal*, o sea, los que expide el Gobierno cuando el Congreso ha omitido aprobar en tiempo la Ley anual de Rentas y Apropriaciones o Ley del Presupuesto Nacional (artículo 209, C.P.).

4º) *Los decretos legislativos de estado de sitio*

Son los que expide el Gobierno en caso de turbación política del orden público o de guerra exterior (artículo 121, C.P.), y que a diferencia de los excepcionales de emergencia económica y social no tienen vocación de vigencia permanente sino que únicamente rigen mientras perdure el estado de sitio y apenas suspenden en ese lapso, pero no derogan ni modifican las leyes ni los decretos-leyes.

5º) *Decretos reglamentarios constitucionales*

Paralelamente a las leyes y a los decretos con fuerza de ley se encuentran los decretos reglamentarios constitucionales o "reglamentos autónomos", llamados así porque su expedición no depende de la voluntad del Congreso ni de su control. Dichos decretos no pueden modificar las leyes, pero tampoco pueden ser modificados por la ley. Son de competencia excluyente del Ejecutivo y reglamentan en forma autónoma y directa ciertas normas constitucionales que de manera expresa lo autoricen. Las órbitas de legislación y de reglamentación autónoma son paralelas o ininterferibles, de tal manera que si la ley asume competencia sobre ésta, es inconstitucional, así como si el reglamentador actúa en similar sentido en relación con el legislador.

La Corte los ha catalogado como más próximos a los decretos-leyes, y el Consejo de Estado los ha calificado como más equiparables a los actos administrativos que deben supeditarse a la ley. Yo encuentro que, como su nombre y naturaleza lo indican, no son ni lo uno ni lo otro, sino autónomos. Pues así como no se puede anular una ley como "irreglamentaria" cuando asuma indebida competencia de reglamentación constitucional, sino por contraria a la Carta, tampoco se puede anular un decreto reglamentario constitucional por "ilegal" sino por inconstitucional cuando interfiera la órbita de la ley. De esta clase de decretos hago apenas referencia a los artículos 120-12, 120-14 y 132-2 de la Constitución.

6º) A la Constitución, a la ley y a los decretos gubernamentales y reglamentarios constitucionales, deben estar subordinados los decretos reglamentarios legales (artículo 120, ordinales 3, 21 y 22, C.P.), así como los simplemente

ejecutivos y los ordinarios de gestión, nombramientos y remociones, o de instrucciones jerárquicas.

7º) Seguidamente, todos los demás actos proferidos por la Administración Pública Nacional, y sus organismos descentralizados por servicios (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de Economía Mixta), sean ellos decretos o resoluciones reglamentarias, deben ceñirse a lo dispuesto en las normas jurídicas jerárquicamente superiores, descritas arriba.

8º) Por último, en el orden seccional y municipal, los decretos de los gobernadores y las ordenanzas de las asambleas departamentales están supeditados a todos los actos jurídicos de carácter nacional, y a éstos y a aquéllos están supeditados los decretos de los alcaldes y los acuerdos de los Concejos Municipales, y a todos, en lo correspondiente, los actos de los funcionarios de los organismos descentralizados por servicios de los Departamentos y de los Municipios.

Todo acto jurídico que sea contrario a cualquier norma jerárquicamente superior, es susceptible de invalidación o anulación, por inconstitucional o por inconstitucional e ilegal, según las reglas de competencia establecidas arriba, por el respectivo Tribunal jurisdiccional (Corte, rangos 1º a 4º, y Consejo de Estado o Tribunales administrativos, rangos 5º a 8º). La violación de una norma constitucional por parte de disposiciones con jerarquía y materialidad de ley avoca el control jurisdiccional de la Constitución, ejercido por la Corte, y la de una norma legal, administrativa superior y constitucional, genera el control simultáneo y unificado de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos administrativos.

C) *La dinámica del control*

1º) *La vía de objeción presidencial*

Según la Constitución, cuando las Cámaras Legislativas han aprobado un proyecto de ley, pasará al Gobierno para que éste lo sancione o firme y promulgue (artículos 81 y 85). Las atribuciones de sanción y promulgación de las leyes constituyen la etapa final del proceso legislativo y significan que el Gobierno tiene la potestad de culminación de dicho proceso.

No existe control forzoso previo de la Corte Suprema de Justicia sobre los proyectos de ley aprobados por el Congreso. Pero, cuando el Gobierno considere que algún proyecto de ley, presentado por el legislador ordinario para su sanción, es inconstitucional, lo devolverá a la Cámara o comisión legislativa en que tuvo origen, dentro de los veinte días siguientes al de su recepción, según el número de artículos del proyecto, con el objeto de que éstas hagan las modificaciones correspondientes sugeridas por el Ejecutivo (artículo 86).

La Cámara o la comisión legislativa, según que el proyecto hubiese sido objetado en todo o en parte, puede insistir en la sanción y promulgación del proyecto original, rechazando las objeciones mediante la mayoría absoluta o la mayoría cualificada de los dos tercios de sus integrantes, según la naturaleza jurídica del proyecto (artículos 87 y 88). En este caso, el proyecto pasará a la Corte con las motivaciones de objeción y de rechazo, para que ella decida sobre su exequibilidad (artículo 89).

Enviado el proyecto y sus motivaciones a la Corte, se reparte en la Sala Constitucional, y ésta procederá a elaborar la ponencia para fallo dentro de los seis días siguientes, pasados los cuales la Sala Plena tendrá un lapso igual para proferir sentencia. Si la Corte encuentra que el proyecto no es contrario a disposición constitucional alguna, es obligación del Presidente de la República sancionarlo como ley sin reticencias, y si el fallo fuere de inexequibilidad, se archivará el proyecto (C.P., artículos 89 y 90, y Decreto 432 de 1969, artículo 12).

Los proyectos de ley objetados por el gobierno como inconstitucionales pueden serlo tanto por su contenido material como por vicios de procedimientos en su formación (artículo 214, C.P.), y el fallo de la Corte debe remitirse únicamente a tales aspectos, ya que las objeciones por inconveniencia, criterio valorativo de tipo discrecional, sólo corresponde efectuarlas al Ejecutivo y no a la Corte.

En relación con los proyectos de ley objetados por inconstitucionales y trasladados a la Corte para su pronunciamiento definitivo, el Procurador General de la Nación puede, en uso de su atribución constitucional de promoción de la ejecución de las leyes y de defensa oficiosa de la Constitución y de la ley, coadyuvar o impugnar, según su criterio, la constitucionalidad del proyecto.

2º) *La acción popular de inexequibilidad*

Como ya se analizó en la Sección Primera del Capítulo III, el poder de impulsión del control jurisdiccional de las leyes, de los decretos-leyes, de los decretos-planes y de los decretos de autorizaciones, cuyo significado se describió atrás, corresponde a los ciudadanos, esto es, a los colombianos mayores de dieciocho años, quienes por el mero hecho de serlo, pueden demandar ante la Corte Suprema de Justicia por medio de la llamada acción pública o ciudadana de inexequibilidad, la anulación de las normas jurídicas mencionadas que se estimen inconstitucionales por infracción de las disposiciones sustanciales y procedimentales de la Carta.

El éxito y solidez de la acción popular de inexequibilidad se ha acrecentado a partir de la reforma constitucional de 1968, en razón de que desde entonces se instituyó dentro de la Corte la Sala Constitucional dedicada exclusivamente a sustan-

ciar en materia de constitucionalidad y debido a la exigencia por parte del Constituyente de cierta celeridad en la toma de decisiones sobre las demandas presentadas, a riesgo de sanción por mala conducta cuando los magistrados o el Procurador incumplan los términos señalados. El promedio de demandas ciudadanas y de fallos por año es desde entonces de 90.

La actuación de inexecutableidad contra las normas jurídicas precitadas puede adelantarse por cualquier ciudadano ante la Corte y ser presentada en papel común, por duplicado, y deberá contener: 1) la transcripción literal de la disposición o disposiciones acusadas de inconstitucionales, 2) el señalamiento o designación de los textos constitucionales que se consideren infringidos, 3) las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, y 4) cuando el caso, la declaración de si al expedirse el acto demandado, se quebrantó el trámite impuesto por la Constitución y en qué forma (artículo 16 del Decreto 432 de 1969).

Repartida la demanda, el magistrado sustanciador de turno proveerá sobre su inadmisibilidad dentro de los cinco días siguientes. Si se considera inepta la demanda por falta de algunos de los requisitos enumerados en el párrafo anterior, la Sala Constitucional dictará una providencia en tal sentido, contra la cual procede el recurso de reposición para ante la misma (artículo 17, *ibidem*). Cuando la admisión de la demanda sea sólo parcial, el auto de rechazo correspondiente debe ser de la Sala.

Es obligatorio, respecto de las disposiciones acusadas por vía de acción pública, trasladar el negocio, una vez admitida la demanda, al Procurador General de la Nación, para que rinda concepto escrito sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad, según el caso. El Procurador dispone de un término máximo de treinta (30) días para emitir su vista de control fiscal al respecto; vencido el cual se devolverá la demanda junto con el concepto del Procurador de la Corte para que la Sala Constitucional dentro de los treinta días siguientes adopte y registre proyecto de sentencia; finalmente, la Corte Plena decidirá definitivamente sobre su executableidad dentro de los sesenta días siguientes. O sea, que, como máximo, la Corte debe decidir sobre las demandas presentadas dentro de los ciento veinticinco días siguientes a aquél en el cual fue entregada a la Corporación, a no ser que sea necesario decretar práctica de pruebas, caso en el cual el fallo se prolonga diez días.

Desde 1969, cuando ha entrado a operar el nuevo sistema de plazos a la Corte y al Procurador, no ha habido un solo caso de mora o de reconvección ni al Jefe del Ministerio Público ni a magistrado alguno de la Corte. Generalmente, los fallos se profieren con anterioridad al vencimiento del término, jamás con posterioridad a éste.

Las decisiones de inexecutableidad por parte de la Corte producen efectos *erga omnes*, es decir, se imponen a todos los gobernantes y gobernados, y contra

ellas no procede recurso alguno. Las normas, objeto de la demanda, declaradas constitucionales, no pueden volver a ser demandadas, a no ser que se reproduzcan en estatutos nuevos. En caso de ser declaradas inexecutable, quedan anuladas y dejan de regir, no pudiendo ser aplicadas por ninguna autoridad estatal, en ningún caso. En ocasiones las decisiones de constitucionalidad son, aunque definitivas, parciales, es decir, respecto de ciertas materias debatidas como inconstitucionales pero no sobre otras. Es el caso de las demandas que se han presentado contra Códigos que han sido expedidos como decretos-leyes, con fundamento en leyes de facultades extraordinarias, los cuales se declaran executable, de ser el caso, por no haber extralimitación ni por materia ni por tiempo en relación con las referidas facultades, pero quedándole al ciudadano la opción y a la Corte la facultad de volver a demandar y a pronunciarse sobre las mismas disposiciones por razones distintas de constitucionalidad.

3º) *El control forzoso o automático*

Respecto de los decretos legislativos de estado de sitio y de los de emergencia económica y social, el Gobierno está en la obligación de enviar a la Corte Suprema de Justicia, al día siguiente de su expedición, copia auténtica del texto de tales decretos, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad; de no cumplir el Ejecutivo este requisito, la Corte asumirá de oficio su conocimiento (artículos 121 y 122, C.P.).

Los decretos legislativos de estado de sitio son los expedidos por el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, cuando por razón de una guerra exterior o de una conmoción política del orden público interno, se ha declarado turbado dicho orden. Los de emergencia económica son también expedidos en la misma forma cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país o que constituyan grave calamidad pública.

Los decretos de estado de sitio, por tener fuerza provisoria de ley y no poder derogar sino suspender las leyes, deben ser declarados inexecutable cuando quiera que tengan vocación de vigencia permanente. Los de emergencia, en cambio, están destinados a regir más allá del período de duración de aquélla y pueden derogar o modificar leyes.

En razón del régimen excepcional que implica la vigencia de tales decretos y de la discrecionalidad inherente a su naturaleza, estas normaciones excepcionales constituyen grave peligro para la normalidad y seguridad jurídico-constitucional, por lo cual el constituyente ordenó su control jurisdiccional de manera forzosa. La Corte tiene decidido que no puede haber fallo inhibitorio sobre decretos legislativos de estado de sitio ni sobre los de emergencia, así hayan

sido derogados o dejado de regir en el momento del fallo, es decir, no hay, respecto de tales decretos, abstención de decidir por carencia de objeto ni por sustracción de materia. Tampoco es dable a la Corte abstenerse de pronunciarse sobre ninguno de tales decretos, ni siquiera sobre los que declaran el estado de sitio o el de emergencia, ni aún respecto de los que levantan los estados de excepción, pues aunque la facultad del Gobierno es discrecional para declarar la turbación del orden público y para levantar la situación excepcional, éstos son actos jurídicos, y como tales reglados por la Carta, en cuanto a la competencia del que los expide, las formas exigidas para su expedición, los motivos invocados, las finalidades enunciadas, la conexidad entre los decretos matrices y los que los desarrollan, y la materia.

Repartido el negocio al magistrado de turno, se fijará en lista en la Secretaría de la Corte por el término de tres días, durante los cuales, tanto el Procurador como cualquier ciudadano, podrán intervenir por escrito ante la Sala Constitucional, para impugnar o defender la constitucionalidad del decreto. La coadyuvancia o impugnación fiscal y ciudadana así establecida constituye un mecanismo auxiliar del control jurisdiccional automático. A partir de una sentencia del Consejo de Estado, que declaró inconstitucional una parte del artículo 14 del Decreto Reglamentario Constitucional 432 de 1969, orgánico de la Corte, se decidió por aquel organismo en interpretación jurisprudencial "obiter dictum", aunque no "ultra petita", que en adelante el Procurador tendrá diez días, contados a partir del de la desfijación en lista del negocio, en lugar de aquellos tres que contemplaba la disposición anulada, para el Jefe del Ministerio Público, a fin de que éste obligatoriamente rinda su concepto fiscal sobre la constitucionalidad o no de todos los decretos dictados en estas materias.

Expirado el término de fijación en lista, pasará el asunto al Despacho del Procurador General para que emita la vista fiscal aludida dentro de los diez días siguientes y lo regrese al magistrado sustanciador, quien, dentro de los diez días siguientes, deberá presentar la ponencia respectiva ante la Sala Constitucional para que ésta se pronuncie antes de culminar dicho término, luego de lo cual la Corte Plena debe decidir en un tiempo máximo de veinte días. La celeridad en los términos, reducidos a una tercera parte en relación con la vía de acción popular, se explica por la trascendencia que para la seguridad normativa del país implica la adecuación de normas discrecionales de carácter excepcional.

La Corte conoce y falla sobre la totalidad de las disposiciones que componen los decretos y deberá confrontar sus textos con la totalidad de las normas constitucionales. Tan ardua labor contrasta con el exiguo plazo concedido a la Corte para fallar, así como con el escaso tiempo otorgado al Procurador. Con todo, la Corte, en la pasada emergencia económica y social, durante la cual el

Gobierno expidió 39 decretos entre diciembre de 1982 y febrero de 1983, de los cuales fueron declarados inexecutable más de la mitad, la Corte rindió a tiempo sus sentencias.

4º) *La excepción de inconstitucionalidad*

La Constitución establece en su artículo 215, que en caso de incompatibilidad entre una norma legal y la Constitución, debe aplicarse la constitucional. En virtud de este principio cualquier juez o funcionario, en su caso, pueden abstenerse de aplicar una norma legal y con mayor razón administrativa, en el curso de un proceso, cuando a solicitud de la parte en cuyo perjuicio se aplicaría la ley o el acto administrativo, formulada por medio de la vía de excepción, o aún de oficio, encuentren que la ley es incompatible con alguna norma superior.

En tal evento pueden ocurrir las siguientes hipótesis:

O el juez o funcionario encuentra infundada la excepción invocada y falla aplicando la ley o el acto que se aduce como inconstitucional, y en ese caso la parte perjudicada puede acudir entonces ante el respectivo superior, valiéndose de los recursos procesales ordinarios, o hacer uso de la acción popular de inexecutable y demandar ante la Corte su anulación; o ambas a la vez. Pero si el juez o el funcionario, *motu proprio*, o a solicitud de la parte interesada, declare la incompatibilidad de la norma que afecte la Constitución y se abstiene de aplicarla, dicha decisión no anula el acto incriminado sino que su desapplicación se contrae a la especie objeto del litigio.

5º) *La jurisdicción simultánea de constitucionalidad y de legalidad ejercida por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos*

La Carta autoriza a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo para conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de aquellos cuyo conocimiento y control jurisdiccional corresponda a la Corte (artículo 216).

Los decretos reglamentarios constitucionales y legales, los decretos ejecutivos, las resoluciones y otros actos administrativos de los funcionarios nacionales, son acusables por toda persona, y no sólo por los ciudadanos, ante el Consejo de Estado, mediante la acción contencioso-objetiva o de nulidad (artículo 66, Ley 147/61), cuando se estimen inconstitucionales los primeramente enunciados, o inconstitucionales o ilegales, los demás. Cosa igual sucede en relación con los actos administrativos del orden departamental y municipal, respecto de los cuales conocen en primera instancia los Tribunales Administrativos seccionales correspondientes y en segunda, el Consejo de Estado.

El control así diseñado comporta la posibilidad de anulación de todo acto jurídico que, siendo jerárquicamente inferior a otro acto administrativo, a la ley o a la Constitución, vaya contra éstos por extralimitación, o por resultar contrarios o incompatibles con su contenido.

La omisión en una actuación administrativa no es en principio susceptible de control jurisdiccional "erga omnes". No obstante, son sancionables por ilegales no sólo los actos sino los hechos u operaciones administrativas, cuando atentan contra alguna norma legal o administrativa.

Cuando la acción es motivada por una violación de un derecho particular por parte de un acto o de un hecho administrativo, debe demostrarse un interés en el proceso: es la denominada acción contencioso-subjetiva de restablecimiento de un derecho (artículo 67, Ley 147/61). Y la contencioso-objetiva ya descrita opera cuando se busca hacer anular un acto administrativo de contenido material objetivo y general, por lo cual no se requiere estar vinculado a ningún proceso.

Toda actuación contencioso-subjetiva presupone el agotamiento de la vía gubernativa o el control administrativo previo. Veámoslo:

a) *El control administrativo*

La vía gubernativa hace relación a la posibilidad de actuación que tiene todo particular que se considere lesionado por un acto administrativo, en algún derecho reconocido en la ley o en la Constitución, para que el mismo funcionario que lo profirió, o su superior jerárquico, lo revoquen como consecuencia del recurso interpuesto, de reposición o de apelación, o en forma directa por medio de la "revocatoria" (artículos 13 y 21 del Decreto 2.733 de 1959). Respecto de los actos administrativos de contenido material y general, contra los cuales procede la acción contencioso-objetiva o la acción pública de nulidad, no es admisible el proceso gubernativo, sino que la ley ordena su anulación únicamente por la vía contencioso-administrativa. En cambio, respecto de los actos administrativos de carácter subjetivo, creadores o culminantes de una situación jurídica individual y concreta, *vgr.* el despido ilegal de un funcionario, la ley exige que para promover la acción contenciosa es menester previamente haber agotado contra ellos la vía de reclamo gubernativo, bien sea porque, habiendo sido interpuestos en tiempo los recursos, fue negada su revocación o por no haber sido resueltos oportunamente (artículos 10 y 13 *ibidem*).

b) *El control contencioso-administrativo*

1. *La acción de nulidad de los actos administrativos*

La acción se ejerce según el rango jerárquico del acto administrativo, ante

el Consejo de Estado directamente, cuando se trata de actos administrativos proferidos por las autoridades nacionales, y ante los Tribunales Administrativos departamentales cuando hace relación a actos de autoridades seccionales o locales, caso en el cual, en ocasiones, el Consejo de Estado conoce en segunda instancia (Decreto 528/64, artículos 30 y 32).

Las causales de impugnación contencioso-objetiva de anulación de los actos administrativos están determinadas por el ordenamiento jurídico de manera taxativa. Son ellas:

- a) La inconstitucionalidad e ilegalidad (nulidad por incompatibilidad de norma inferior con norma jerárquicamente superior), generalmente la jurisdicción constitucional y la legal del Consejo de Estado se ejerce de manera unificada y simultánea o sobre la misma cuerda respecto de los actos administrativos.
- b) La expedición del acto administrativo en forma irregular (nulidad por irregularidades), en razón de que la autoridad que profirió el acto, aunque competente para hacerlo, no respetó las formas y procedimientos exigidos por su validez y eficacia correspondientes.
- c) La incompetencia de jurisdicción (nulidad por exceso), la cual se presenta cuando el acto administrativo ha sido proferido por autoridad distinta de la indicada en la ley, respecto de materias no autorizadas o en jurisdicción diferente, y
- d) La desviación de poder (nulidad por desviación), es decir, cuando el acto proferido no corresponde a las atribuciones propias del funcionario que lo expide o persigue fines distintos de los señalados en la ley.

La acción de nulidad de los actos administrativos es genérica y la sentencia de anulación proferida al respecto por los tribunales jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo constituye cosa juzgada "erga omnes". Contra las sentencias definitivas y ejecutoriadas de anulación de los actos administrativos ilegales o inconstitucionales no procede recurso alguno. Como quiera que por entender doctrinario y jurisprudencial no se admite que en Colombia haya actos administrativos inexistentes, sino que todo acto de tal naturaleza se presume legal y constitucional mientras no se revoque, derogue o anule, los efectos de la declaratoria de nulidad no son constitutivos o "ex tunc" sino apenas declarativos o "ex nunc".

La suspensión provisional de un acto administrativo opera cuando, demandada su anulación, se decreta de plano por el tribunal administrativo correspondiente su inaplicabilidad, cuando haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho, hasta cuando se dicte sentencia definitiva.

Nuestro ordenamiento establece que ningún acto administrativo anulado o suspendido por los tribunales o por el Consejo de Estado, podrá ser reproducido por la corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

2. *La acción de plena jurisdicción contra los actos y hechos administrativos*

Cuando la acción es motivada por una violación o por un desconocimiento de un derecho particular proveniente de un acto o de un hecho administrativo, debe demostrarse un interés concreto en el proceso y se denomina contencioso-subjetiva o de restablecimiento de un derecho.

Dicha acción se ejercerá una vez agotada la vía gubernativa por parte del perjudicado a más tardar cuatro meses después de notificado o publicado el acto administrativo, o de agotada la vía gubernativa, o cuatro años después de ejecutada la operación administrativa o la vía de hecho, según el caso.

En lo relativo a la acción de plena jurisdicción ejercida contra algún acto administrativo, el principio normativo general es el de que, la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, podrá pedir que, además de la anulación del acto, se le restablezca su derecho. Con dicha acción, pues, se busca esencialmente el resarcimiento de la lesión ocasionada y el restablecimiento del derecho particular quebrantado, pudiendo así los organismos contencioso-administrativos estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o modificadas y cambiar o reformar éstas, lo cual no puede hacerse por vía de anulación genérica de un acto administrativo.

Esta acción es específica y la sentencia de restablecimiento del derecho respectivo dictada por el tribunal contencioso se contrae apenas a la cosa juzgada inter partes.

3. *El control fiscal en materia de jurisdicción legal*

Conforme acontece en relación con la jurisdicción constitucional, el Ministerio Público ejerce también control fiscal previo sobre los actos y hechos administrativos acusados ante la propia Administración Pública por vía gubernativa, o ante la jurisdicción legal contencioso-administrativa.