

POLÉMICAS CONSTITUCIONALES

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

LEGIS

BOGOTÁ • MÉXICO D.F. • BUENOS AIRES • CARACAS • LIMA • SANTIAGO • MIAMI

1. LA DEFENSA JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN: LA GRAN FORTALEZA COLOMBIANA⁽¹⁾

Introducción

Colombia ha sido un Estado marcado por diferentes violencias en distintos momentos de su historia republicana, pero también se ha distinguido en América Latina por la importancia que se le otorga al derecho. De ahí que dentro del conjunto de percepciones generales, acertadas o equivocadas, sobre lo que es nuestro país, convivan dos estereotipos aparentemente contradictorios: Colombia, país violento; Colombia, país legalista. Sin embargo, son pocos los estudios que analizan eso que despectivamente se califica de legalismo colombiano. En este ensayo no se suplirá dicho vacío, sino que se resaltaré un aspecto positivo de las instituciones colombianas asociado a este legalismo: la importancia que ha tenido en Colombia el sometimiento a la Constitución como expresión del Estado de derecho, defendido por un poder judicial con la facultad de invalidar los actos del Congreso y del Ejecutivo cuando violen la norma suprema.

Sin duda habría otras manifestaciones del apego al derecho en Colombia que podrían ser exaltadas, en contravía con la tendencia a resaltar el “leguleyismo” como la desviación extrema y nociva del legalismo. Tan solo se mencionan algunas de ellas⁽²⁾.

(1) Este ensayo fue publicado en 2004. Ver: Fernando Cepeda Ulloa, *Fortalezas de Colombia*, Bogotá, Ariel Ciencia Política y Banco Interamericano de Desarrollo, 2004.

(2) Jesús María Henao y Gerardo Arrubla, *Historia de Colombia*, Bogotá, Academia de Historia/Plaza & Janés, 1984, 2 vol.; Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra, *Constituciones de Colombia*, Bogotá, Imprenta de la Luz, 1911, 2 vol. Diego, Uribe Vargas, *Las Constituciones de Colombia*, 2 vol., Madrid, ed. Cul-

Primero, el lugar que ocupa “la ley” en la conformación de la naciente república a principios del siglo XIX, simbolizada en Francisco de Paula Santander, apodado precisamente el “Hombre de las Leyes”. Su trascendencia también se refleja en las divisiones políticas marcadas por su influencia en Colombia, aun frente a figuras de talla universal como el Libertador Simón Bolívar. La presencia de Santander se ha prolongado naturalmente hasta la rama judicial, donde es lugar común citar su conocida frase según la cual “si las armas os han dado la independencia, las leyes os darán la libertad”, que preside la entrada al Palacio de Justicia donde sesionan las más altas corporaciones judiciales.

Segundo, muchos de los momentos calificados como hitos en los orígenes de la Independencia constituyen expresión de ese apego por el derecho, como pueden serlo el “Memorial de Agravios”, la traducción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano efectuada por el Precursor Antonio Nariño, la traducción de las constituciones francesas o, inclusive, la Constitución Bolivariana. Las etapas en la historia nacional también se delimitan frecuentemente con base en referentes jurídicos, como una nueva Constitución o una reforma constitucional.

Tercero, la importancia y el poder que ha tenido la comunidad jurídica a lo largo de la historia nacional⁽³⁾. En el ámbito académico cabe resaltar que las primeras facultades de derecho coinciden con la fundación de las primeras universidades, y la producción de libros jurídicos se remonta a mediados del siglo XIX, así como en los albores del siglo XXI estas facultades ocupan un lugar destacado en las universidades y las editoriales jurídicas son las más sólidas de la región. Pero dicha importancia rebasa el medio intelectual para proyectarse en la actividad política. Los presidentes, ministros y congresistas han sido mayoritariamente abogados. En la Administración Pública, los altos funcionarios administrativos han sido de modo predominante abogados hasta la década de los setentas, cuando

(Cont. nota 2)

tura Hispánica, 1977. Hernando, Valencia Villa, *Cartas de Batalla*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1987. Rivadeneira V., Antonio José, *Historia Constitucional de Colombia 1510-1978*, Bogotá, ed. Horizontes, 1978.

(3) Víctor, Uribe-Uhán, *Honorable Lives: Lawyers, Family and Politics in Colombia (1780-1850)*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000.

los economistas y los ingenieros empezaron a jugar un papel cada vez más relevante en la administración de la cosa pública.

Cuarto, la presencia de “lo jurídico” en los debates nacionales y en la formulación de las políticas públicas, inclusive en la política exterior de Colombia. Dicha presencia ha opacado o desplazado argumentos políticos que no se expresan como tales sino que se traducen –algunos dirán se escudan o esconden– en tesis jurídicas, que a su turno desatan controversias sobre lo que el derecho prohíbe, permite u ordena respecto de un punto álgido en la agenda nacional.

Quinto, la fe en la capacidad del derecho para incidir en la vida social, la cual alcanza en algunos casos grados elevados de fetichismo porque se piensa que la manera más eficaz de cambiar la realidad es cambiando leyes, decretos o resoluciones, o que la forma adecuada de afrontar un problema es dictando una norma jurídica, generalmente un decreto presidencial. Los cambios constitucionales no han escapado a este fetichismo, aunque con la Constitución de 1991 se produjo un viraje profundo en la concepción de la relación entre el mundo de las normas y el mundo de los hechos.

Sexto, aunque menos presente en el imaginario colectivo, los conflictos armados han estado acompañados por siglos de propuestas para humanizarlos acudiendo a instrumentos jurídicos. No es casual que uno de los primeros acuerdos humanitarios en la historia de Occidente haya sido suscrito en Colombia (Tratado de regularización de la guerra firmado en Trujillo, Venezuela, el 26 de noviembre de 1820, entre los “Gobiernos de Colombia y España”, por Bolívar y el Pacificador Morillo).

Si bien estas manifestaciones del apego al derecho en Colombia merecerían ser cuidadosamente analizadas y reflejan la trascendencia de “lo jurídico”, es discutible si algunas de ellas también son constatables en otros países de América Latina. Pero hay una expresión de ese apego al derecho que sí tiene en Colombia una peculiaridad excepcional, la cual curiosamente no ha sido cabalmente estudiada ni figura en el imaginario colectivo. Se trata de la defensa de la supremacía de la Constitución por medio de órganos judiciales, aun frente a los actos del Congreso Nacional

y el Presidente de la República. Ningún país de América Latina goza de una tradición de control constitucional tan antigua, ininterrumpida, amplia e, inclusive, en ocasiones activista. Con razón se ha hablado de un déficit de constitucionalismo democrático en América Latina y se ha resaltado que una institución crucial para superar dicho déficit es un poder judicial independiente que asegure la efectividad de los derechos⁽⁴⁾. Este ensayo tiene por objeto describir los rasgos principales de esa fortaleza institucional cuya larga tradición es una peculiaridad colombiana.

Si fuere necesario señalar por qué la tradición de control constitucional es una fortaleza institucional, basta recordar que la democracia constitucional depende de que la norma suprema sea efectivamente respetada, para lo cual es indispensable que un órgano la haga cumplir⁽⁵⁾. De lo contrario, el constitucionalismo no es sino un vano ideal. Gradualmente se ha formado un consenso en Occidente acerca de que es mejor que dicho órgano sea judicial. Por eso, a la bicentennial tradición estadounidense de *judicial review* en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, se ha sumado la creación de cortes constitucionales en las democracias europeas durante la segunda postguerra y, luego, la expansión de esta institución a las nacientes democracias de Europa del Este. A su turno, en el ámbito europeo, los órganos judiciales supranacionales se han transformado en especies de cortes constitucionales dentro de su ámbito de competencia: los derechos humanos en lo que respecta al Tribunal de Estrasburgo, y la creación de un mercado común europeo en lo que hace a la Corte de Luxemburgo. En América Latina, la Corte Interamericana también ha emulado al Tribunal de Estrasburgo en el ámbito de los derechos humanos. Finalmente, países

(4) Fernando, Carrillo Flórez (Ed.). *Democracia en déficit: gobernabilidad y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington D.C., BID, 2001, p. 12.

(5) Sobre el "éxito" del control constitucional ver C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York and London, New York University Press, 1995. Kenney J. Sally, M. William Reisinger and C. John Reitz, *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, New York, ST. Martin's Press, Inc., 1999. Héctor, Fix Zamudio, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, México, ed. Porrúa, S.A., 1985. Groupe d'Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle Equipe associée au CNRS (UMR 6055) Aix-en-Provence. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, París, ed. Economica, Publicado anualmente. Luc, Heuschling. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, París, Éditions Dalloz, 2002.

de tradición parlamentaria anglosajona han incorporado en diferentes momentos de su historia institucional mecanismos de *judicial review* con alcances constitucionales, no meramente administrativos. Inclusive en Gran Bretaña, cuna del principio de la soberanía del Parlamento, se introdujo en 1998 la posibilidad de que los jueces ejerzan una función de protección de derechos humanos con alcances constitucionales a pesar de lo limitado de su atribución meramente declarativa, y se está debatiendo la creación de una Corte Suprema por fuera de la Cámara de los Lores como parte de la agenda de reforma constitucional del Gobierno laborista. Estos desarrollos parecen indicar que la tesis visionaria de Alexis de Tocqueville según la cual el poder judicial cumple una función crucial en el mantenimiento de la democracia se ha propagado en Occidente. Decía el más agudo observador de la democracia en América:

"Tres cosas parecen concurrir más que todas las demás al mantenimiento de la república democrática en el Nuevo Mundo: (...) la tercera se encuentra en la constitución del poder judicial. He mostrado cómo los tribunales sirven para corregir los extravíos de la democracia y cómo sin poder detener jamás los movimientos de la mayoría, logran hacerlos más lentos así como dirigirlos"⁽⁶⁾.

En suma, no se entiende la democracia constitucional, que es la más ambiciosa concreción del Estado de derecho en cualquiera de sus modalidades, sin un órgano judicial con el poder y la independencia suficientes para defender la supremacía de la Constitución. En este ensayo se muestra que en Colombia esa idea que empezó a ponerse de moda en el mundo hace cincuenta años, ha estado no solo viva desde el siglo XIX sino que se materializó en un ejercicio temprano del control judicial de constitucionalidad con una amplitud, una trascendencia y una estabilidad tan sorprendentes como subvaloradas.

La descripción avanzará por etapas, tomando como referentes las principales constituciones sobre la materia: antes de 1886; entre 1886 y 1991; y después de 1991. Interesa no solo lo que dicen los textos constitucionales

(6) Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América (1835)*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 286.

les, sino si el poder judicial de control constitucional fue efectivamente ejercido, para lo cual se resaltarán algunas sentencias hito o polémicas, inclusive algunas ahora olvidadas. Cabe advertir que no se trata de escribir sobre nuestra historia constitucional y política. Por eso, este ensayo es ante todo descriptivo de normas y sentencias, y las alusiones al contexto histórico de cada momento importante de la evolución de la defensa judicial de la Constitución solo buscan situar el paso que se dio en la construcción de un control constitucional amplio y sólido. Este ensayo no se detiene en el origen ni en el impacto de cada paso en dicha evolución. Solo se resalta la relación que el control constitucional ha tenido con la ascendencia del constitucionalismo en Colombia y los pactos de paz, así estos hayan sido parciales. El objetivo es más sencillo: mostrar el desarrollo de una de las fortalezas institucionales de Colombia.

Como este escrito está dirigido principalmente a personas que no conocen la evolución de las normas constitucionales colombianas, la primera parte del ensayo contiene una descripción de cuanto resulta relevante para colocar en contexto la presentación del ejercicio de la función de control constitucional, primero, por la Corte Suprema de Justicia y, segundo, por la Corte Constitucional. Quienes estén familiarizados con las reformas constitucionales que se llevaron a cabo en el siglo XX respecto de las instituciones de control constitucional, pueden pasar directamente a la segunda sección de este ensayo ("La efectividad del principio de sometimiento a la Constitución: la contribución del poder judicial a la estabilidad de las instituciones democráticas colombianas").

1.1. Reformismo y control constitucional: la lucha por la supremacía de la Constitución y la contribución del poder judicial a la pacificación

Antes de describir las reformas que sufrió la Constitución de 1886, el lugar que ocupó la defensa judicial de la Constitución en tales reformas y su significado para los intentos, exitosos o fallidos, de pacificación, es importante resaltar que antes de 1886 se presentó, *grosso modo*, un fenómeno distinto: en lugar de reformismo hubo diferentes constituciones que se sucedían las unas a las otras, todo ello al vaivén de quienes resultarían triunfadores en la guerras civiles.

Sin embargo, rebasaría el objeto de este escrito detenerse en lo que sucedió antes de 1886 en esta materia. A manera de síntesis, se indican en el cuadro 1 los principales eventos que marcan la diferencia entre lo que sucedió antes de 1886 y después de esa fecha⁽⁷⁾.

Cuadro 1: Evolución constitucional y paz (1810 - 1991)

Siglo XIX: Inestabilidad constitucional y guerras civiles

1810	Declaración de Independencia.
1811	Primera Constitución (regional, en Cundinamarca).
1821	Primera Constitución nacional y centralista.
1830-1862	Sucesión de seis constituciones.
1863	Constitución federalista y liberal; conflictos entre estados federales.
1886	Constitución centralista y conservadora. Fin de los conflictos interestatales. Dos guerras civiles entre partidos. Otros conflictos armados.
Siglo XX: Estabilidad constitucional, con reformismo y pactos de paz	
1886	Constitución centralista que durará 105 años. Reformada muchas veces para encontrar la paz en una democracia representativa ⁽⁸⁾ .
Reforma de 1910	Elección directa del Presidente por 4 años sin reelección inmediata: garantías electorales para encontrar la paz entre los partidos.
Reforma de 1936	Intervención del Estado en el mercado; garantías sociales.
Reforma de 1945	Reorganización de los tres poderes.
Reforma de 1953	Golpe de Estado contra el Gobierno conservador represivo.
Reforma de 1957	Retorno por plebiscito al régimen constitucional. Frente Nacional: alternación presidencial (16 años); paridad política (12 años). Voto de las mujeres. Paz entre los partidos tradicionales, pero la violencia de las guerrillas comunistas continúa.

(7) Este cuadro es una adaptación del publicado en Olivier Duhamel y Manuel José Cepeda Espinosa, *Las Democracias: entre el Derecho Constitucional y la Política*, Tercer Mundo Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997. Los demás cuadros publicados en este ensayo fueron elaborados con la valiosa ayuda de la estudiante Juanita Durán.

(8) Se omiten otras reformas relativas a temas económicos o administrativos.

Siglo XX: Estabilidad constitucional, con reformismo y pactos de paz (cont.)

Reforma de 1968	Fortalecimiento del poder presidencial en la política económica y control constitucional oficioso de los decretos de estado de sitio y emergencia económica.
Reforma de 1975	La mayoría de edad baja de 21 a 18 años.
Reforma de 1977	Separación de la fecha de elecciones presidenciales y parlamentarias.
Reforma de 1977	Convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero invalidada por la Corte Suprema de Justicia.
Reforma de 1979	Reforzamiento del Congreso y de la justicia, pero invalidado por la Corte Suprema de Justicia.
Reforma de 1986	Elección directa de los alcaldes. Un grupo de guerrilleros de las FARC se convierte en partido político.
Reforma de 1990	Una Asamblea Constituyente es elegida por el pueblo por iniciativa ciudadana e impulso presidencial, con el aval de la Corte Suprema de Justicia. Cuatro grupos guerrilleros se convierten en partidos políticos; dos siguen aún.
1991	Nueva Constitución.

De manera sucinta, se recuerdan a continuación los principales rasgos del control constitucional encaminado a asegurar la supremacía de la Constitución antes de 1886.

1.1.1. El control constitucional antes de 1886

Al respecto, es pertinente resaltar los elementos que permiten marcar un contraste con la transformación que se presentó a partir de 1886, así como aquellos que pueden ser útiles para evocar antecedentes de las instituciones actualmente vigentes.

1.1.1.1. Predominio del control constitucional político

En primer lugar, a lo largo del siglo XIX —desde el Acta de Independencia de Santafé del 20 de julio de 1810 en la cual se hizo por primera vez

utilización del vocablo Constitución⁽⁹⁾— los mecanismos de control constitucional fueron predominantemente de carácter político, e inclusive en algunas constituciones no se previó expresamente un procedimiento de control para preservar la supremacía de la Carta. Por ejemplo, la Constitución de la República de Colombia del 30 de agosto de 1821 reconoció dicho principio en su artículo 188⁽¹⁰⁾, pero no estableció órganos ni procedimientos para garantizarlo. Lo mismo puede decirse, con algunas variantes en lo que atañe a la controversia entre el Ejecutivo y el Congreso sobre el cumplimiento de los requisitos para la formación de las leyes, respecto de las constituciones de 1830, 1832 y 1843. En la Constitución de 1853 se reguló de manera más formal este conflicto previéndose de manera específica la facultad del poder ejecutivo de objetar los proyectos de ley por razones de inconstitucionalidad (arts. 38 y 39)⁽¹¹⁾. En la Constitución de 1858 tampoco se previó un mecanismo de control judicial de las leyes o de los proyectos de ley puesto que la doctrina de la soberanía del Congreso tenía prevalencia.

En la Constitución federal de 1863 se reiteró lo dicho anteriormente, de tal manera que el conflicto entre el Ejecutivo y el Congreso se resolvía

(9) “Se deposite en toda la Junta el Gobierno Supremo de este Reino interinamente, mientras la misma Junta forma la Constitución que afiance la felicidad pública; que protesta no abdicar los derechos imprescriptibles de la soberanía del pueblo a otra persona que a la de su agosto y desgraciado Monarca don Fernando VII, siempre que venga a reinar entre nosotros, quedando por ahora sujeto este nuevo Gobierno a la Superior Junta de Regencia, interin exista en Península, y sobre la Constitución que le dé el pueblo”.

(...).

“Juramos por el Dios que existe en el Cielo, cuya imagen está presente y cuyas sagradas y adorables máximas contiene este libro, cumplir religiosamente la Constitución[...] trabajar con infatigable celo para formar la Constitución bajo los puntos acordados” (texto en *Proceso histórico del 20 de Julio de 1810*. Bogotá, Banco de la República, 1960).

(10) “En su artículo 188 que declaró: ‘[...] 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’”.

(11) Lo mismo sucedió en las constituciones de las provincias en las cuales se reconoció el principio de supremacía constitucional y se contempló un mecanismo de objeción por el Ejecutivo. Sin embargo, las constituciones de algunas provincias consagraron el derecho de pedir ante el respectivo tribunal del distrito la anulación de todas o parte de las ordenanzas provinciales por razones de inconstitucionalidad. Por ejemplo, ver la Constitución de Santander de 1853 (art. 55).

políticamente, no judicialmente. Si el Congreso insistía en el proyecto de ley, el Ejecutivo estaba obligado a sancionarlo (art. 57). Sin embargo, en dicha Constitución se admitió que los actos del Congreso Nacional o del poder ejecutivo de los Estados Unidos de Colombia pudieran ser anulados. Esto podía suceder solamente cuando tales actos violaran los derechos garantizados en el artículo 15 o cuando atacaran la soberanía de los estados federados. El órgano de anulación no era judicial sino político: las "respectivas legislaturas", es decir, los órganos legislativos de cada uno de los estados federados (art. 25).

1.1.1.2. *Antecedentes remotos y excepcionales del control judicial*

El control constitucional por medio de mecanismos y órganos políticos tuvo algunas excepciones. La primera, se refiere al control judicial de la constitucionalidad de los actos de las legislaturas de los estados federados. Este correspondió, por ejemplo, a la Corte Suprema de Justicia en la Constitución de 1863, pero en la modalidad suspensiva. Entonces, la Corte podía suspender los actos de las legislaturas estatales dando cuenta al Senado para que éste decidiera "definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos"⁽¹²⁾. La segunda excepción es anterior a esta fecha y se remonta a los orígenes mismos de la República. Se trata, de un control ejercido por un órgano de carácter jurisdiccional al cual se le había confiado expresamente la función de sostener la Constitución. Así sucedió en la primera Constitución de la provincia de Cundinamarca adoptada el 4 de abril de 1811. Si bien esta Constitución fue monárquica, tiene el significa-

(12) Artículo 50. Carlos Restrepo Piedrahita, *Tres ideas constitucionales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, subraya que: "esta modalidad de control biorgánico (jueces y legislativo) fue practicada con relativa frecuencia para la época. Entre los años 1875 y 1878, fueron tramitados cincuenta y dos (52) casos de suspensión de leyes de los Estados Soberanos, de los cuales veintisiete (27) fueron resueltos por el Senado con declaración de nulidad. Veinticuatro (24) resoluciones declararon la validez de las leyes demandadas y en uno (1) el Senado se declaró en acuerdo con la Corte en el sentido de que "[...] estando derogada la ley de que hacía parte la disposición denunciada, no había sobre qué ejercer la facultad reclamada". Cfr. Estados Unidos de Colombia, *Resoluciones del Senado de la Unión*, dictadas en los años de 1875 a 1878, sobre la nulidad o validez de Actos Legislativos de los Estados. Edición Oficial, Bogotá, Imprenta de Agustín Núñez, 1878, 2 tomos.

do de ser la primera dentro del ámbito territorial de lo que luego se denominaría "República de Colombia", así como de ser la primera Constitución en América Hispana. Cabe subrayar que este órgano jurisdiccional (arts. 3 y 4), denominado "Senado de censura y protección", estaba compuesto de 5 miembros y ejercía su competencia no sólo de oficio sino a solicitud de "cualquiera ciudadano" (art. 9), lo cual es un antecedente claro de la acción popular de inconstitucionalidad, luego consagrada en 1910. El control versaba sobre "cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes ejecutivos, legislativo y judicial" (art. 9). El Senado también obraba como una especie, en verdad no muy clara, de árbitro en caso de conflicto entre el poder ejecutivo y el legislativo respecto de los proyectos de leyes que fueren objetados tanto por vicios materiales como por defectos de procedimiento (art. 25)⁽¹³⁾.

En conclusión, antes de 1886, durante varios momentos de la historia constitucional colombiana marcada por guerras civiles y constituciones que se sucedían las unas a las otras según quien fuera el triunfador, el principio de respeto a la Carta Política por parte del Legislativo y del Ejecutivo nacionales no fue garantizado por un órgano judicial, si bien en las constituciones se encuentran numerosas cláusulas que expresan la necesidad de respetar la norma superior. Generalmente, el Ejecutivo controlaba al Legislativo, pero en caso de insistencia en el Congreso, prevalecía teóricamente la decisión política del legislativo.

1.1.2. *El control constitucional entre 1886 y 1991*

Esta situación cambió completamente con la Carta de 1886. Desde entonces el principio de respeto a la Constitución ha sido defendido por un

(13) Cabe anotar que en las otras constituciones de lo que se conoce como la Primera República también se previó la institución del Senado con atribuciones de sostener la Constitución, como sucedió en la Constitución del Estado de Cartagena de Indias de 1812 ("Senado conservador") o en la segunda Constitución de Cundinamarca de 1812 ("Senado") y la Constitución del Estado de Mariquita de 1815 ("Senado"). Sin embargo en estas constituciones no es tan marcada la ubicación del Senado dentro de la rama judicial. Por el contrario, se trata de la Primera Cámara del legislativo, con excepción de la Constitución de Cartagena de Indias (art. 3º). Esta institución del Senado conservador proviene de la influencia francesa en especial de la Constitución del año VIII.

órgano judicial. La amplitud del control judicial de la Constitución, y sus modalidades, han evolucionado gradualmente durante un siglo al ritmo de reformas constitucionales encaminadas a superar conflictos, inclusive violentos. Dicha evolución siempre ha consistido en una expansión del control judicial de constitucionalidad y ha estado orientado a contribuir en mayor o menor grado a la pacificación. Nunca la Corte Suprema fue suspendida o cerrada, ni el ejercicio de su poder de control constitucional prohibido, aun durante agudos periodos de violencia ni cuando, excepcionalmente, gobernó un dictador.

Después de mostrar esta relación desde 1886, se señalarán los aspectos de la Constitución de 1991 que preservan esta tradición centenaria, así como los que representan una ruptura inspirada en la importancia que en dicha Constitución tienen los derechos.

1.1.2.1. *Los orígenes del control judicial abstracto erga omnes: conciencia de la innovación en 1886*

La Constitución de 1886 era conservadora aun desde el punto de vista de la época: era centralista; con un presidente fuerte, jefe de un ejército nacional; consagraba derechos restringidos y protegía el confesionalismo. Fue concebida bajo la influencia ideológica de un filólogo conservador, Miguel Antonio Caro. El fin de esta Constitución, pieza clave de "la Regeneración" liderada por Rafael Núñez, fue restablecer el orden en un país donde los estados federados guerreaban continuamente, cada uno dotado de su propio ejército. Con la reforma constitucional cesaron las guerras entre estados (transformados en departamentos) pero a costa de un irremediable sentimiento de exclusión por parte de los liberales, quienes en la práctica no podían acceder al Congreso. De allí resultó la corta guerra civil de 1895 y luego la más larga y más encarnizada guerra civil colombiana, la guerra de los Mil Días (1899-1902). Luego, vinieron otras violencias que impidieron que el objetivo fundamental para el cual fue diseñada dicha Constitución se lograra a plenitud, como se verá posteriormente.

No obstante, los orígenes del sistema de control constitucional colombiano, tal y como existe hoy en día, pueden trazarse hasta la Constitución de 1886. En ella se le otorgó al Presidente de la República el poder de

objetar los proyectos de ley aprobados por el Congreso, cuando quiera que los considerara contrarios al texto constitucional. Si el Congreso rechazaba la objeción, la Corte Suprema de Justicia era la llamada a resolver el conflicto, adoptando una decisión obligatoria para todos sobre la constitucionalidad del proyecto objetado⁽¹⁴⁾. De esta manera la cabeza del poder judicial cumplía dos funciones que contribuían indirectamente a la pacificación: resolvía definitiva e institucionalmente el conflicto entre las dos ramas políticas del poder público y, en la visión de la época, aseguraba que el Congreso no prevaleciera, como sucedía antes, sobre el Presidente de la República, en cuya autoridad la Constitución de 1886 confiaba para restablecer y mantener el orden.

Dos características de este control constitucional ilustran su trascendencia. Primero, se trata de un control abstracto en el cual la Corte Suprema compara la ley con la Constitución, al margen de cualquier controversia en un caso concreto. Para la época, en Estados Unidos ya existía un control constitucional pero éste sólo podía efectuarse en caso de controversias concretas, usualmente entre un particular y el Estado. En Europa aún faltaban cerca de cuatro décadas para que el Tribunal Constitucional austriaco fuera creado con funciones de control abstracto⁽¹⁵⁾. La segunda característica es que la sentencia de inconstitucionalidad proferida por la Corte Suprema tenía efectos *erga omnes*, no *inter partes* como en el sistema estadounidense. Al ser declarado inexecutable un proyecto de ley, las normas incompatibles debían ser excluidas, "archivadas", y, por lo tanto, no podían ingresar al ordenamiento jurídico.

Estas innovaciones no fueron casuales. Por ellas ya había abogado en 1878 un prestigioso jurista que estimaba que el control existente en

(14) Artículo 90 de la Constitución de 1886: "Exceptuase de lo dispuesto en el artículo 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucionalidad. 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".

(15) Pedro Cruz Villalón, *La formación del Sistema Europeo del Control de Constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Dominique Rousseau, *La Justice Constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1992.

órgano judicial. La amplitud del control judicial de la Constitución, y sus modalidades, han evolucionado gradualmente durante un siglo al ritmo de reformas constitucionales encaminadas a superar conflictos, inclusive violentos. Dicha evolución siempre ha consistido en una expansión del control judicial de constitucionalidad y ha estado orientado a contribuir en mayor o menor grado a la pacificación. Nunca la Corte Suprema fue suspendida o cerrada, ni el ejercicio de su poder de control constitucional prohibido, aun durante agudos periodos de violencia ni cuando, excepcionalmente, gobernó un dictador.

Después de mostrar esta relación desde 1886, se señalarán los aspectos de la Constitución de 1991 que preservan esta tradición centenaria, así como los que representan una ruptura inspirada en la importancia que en dicha Constitución tienen los derechos.

1.1.2.1. *Los orígenes del control judicial abstracto erga omnes: conciencia de la innovación en 1886*

La Constitución de 1886 era conservadora aun desde el punto de vista de la época: era centralista; con un presidente fuerte, jefe de un ejército nacional; consagraba derechos restringidos y protegía el profesionalismo. Fue concebida bajo la influencia ideológica de un filólogo conservador, Miguel Antonio Caro. El fin de esta Constitución, pieza clave de "la Regeneración" liderada por Rafael Núñez, fue restablecer el orden en un país donde los estados federados guerreaban continuamente, cada uno dotado de su propio ejército. Con la reforma constitucional cesaron las guerras entre estados (transformados en departamentos) pero a costa de un irremediable sentimiento de exclusión por parte de los liberales, quienes en la práctica no podían acceder al Congreso. De allí resultó la corta guerra civil de 1895 y luego la más larga y más encarnizada guerra civil colombiana, la guerra de los Mil Días (1899-1902). Luego, vinieron otras violencias que impidieron que el objetivo fundamental para el cual fue diseñada dicha Constitución se lograra a plenitud, como se verá posteriormente.

No obstante, los orígenes del sistema de control constitucional colombiano, tal y como existe hoy en día, pueden trazarse hasta la Constitución de 1886. En ella se le otorgó al Presidente de la República el poder de

objetar los proyectos de ley aprobados por el Congreso, cuando quiera que los considerara contrarios al texto constitucional. Si el Congreso rechazaba la objeción, la Corte Suprema de Justicia era la llamada a resolver el conflicto, adoptando una decisión obligatoria para todos sobre la constitucionalidad del proyecto objetado⁽¹⁴⁾. De esta manera la cabeza del poder judicial cumplía dos funciones que contribuían indirectamente a la pacificación: resolvía definitiva e institucionalmente el conflicto entre las dos ramas políticas del poder público y, en la visión de la época, aseguraba que el Congreso no prevaleciera, como sucedía antes, sobre el Presidente de la República, en cuya autoridad la Constitución de 1886 confiaba para restablecer y mantener el orden.

Dos características de este control constitucional ilustran su trascendencia. Primero, se trata de un control abstracto en el cual la Corte Suprema compara la ley con la Constitución, al margen de cualquier controversia en un caso concreto. Para la época, en Estados Unidos ya existía un control constitucional pero éste sólo podía efectuarse en caso de controversias concretas, usualmente entre un particular y el Estado. En Europa aún faltaban cerca de cuatro décadas para que el Tribunal Constitucional austriaco fuera creado con funciones de control abstracto⁽¹⁵⁾. La segunda característica es que la sentencia de inconstitucionalidad proferida por la Corte Suprema tenía efectos *erga omnes*, no *inter partes* como en el sistema estadounidense. Al ser declarado inexecutable un proyecto de ley, las normas incompatibles debían ser excluidas, "archivadas", y, por lo tanto, no podían ingresar al ordenamiento jurídico.

Estas innovaciones no fueron casuales. Por ellas ya había abogado en 1878 un prestigioso jurista que estimaba que el control existente en

(14) Artículo 90 de la Constitución de 1886: "Exceptuase de lo dispuesto en el artículo 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucionalidad. 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".

(15) Pedro Cruz Villalón, *La formación del Sistema Europeo del Control de Constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Dominique Rousseau, *La Justice Constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1992.

Estados Unidos era demasiado limitado⁽¹⁶⁾. Miguel Antonio Caro elogió el avance que esto significaba. Si bien reconocía que el control judicial de constitucionalidad representaba la adopción del “principio norteamericano que da al juez la facultad de aplicar la Constitución de preferencia a la ley, poniendo así un límite judicial a las leyes promulgadas”, resaltaba que convertir a la Corte Suprema en árbitro del desacuerdo entre el Congreso y el Presidente, en caso de objeción de un proyecto de ley por razones de inconstitucionalidad, era una innovación que “no se registra en ninguna Constitución, colombiana ni extranjera”. Justificó su adopción “porque, aunque en otras constituciones no exista, no es contrario, antes conforme con los sanos principios de derecho constitucional, y se ha considerado como una preciosa garantía contra el contenido de las leyes antijurídicas, dado que la Constitución es la más alta y autorizada expresión del derecho”⁽¹⁷⁾. De esta manera, Caro consideró que el poder del Presidente sería la garantía de que “no habrá posibilidad moral de que se expidan leyes inconstitucionales”. Otros pensadores, también de estirpe conservadora, expresaron su preocupación por la amplitud de esta facultad atribuida a la Corte Suprema que consideraron “peligrosísima”, y recordaron que en Estados Unidos la Corte Suprema puede aplicar en

(16) Justo Arosemena escribió: “Tal ha sido, en efecto, la práctica constante de aquel alto tribunal, i la manera como se ha entendido siempre su atribución, más bien tácita que expresa, de invalidar las leyes declarándolas inconstitucionales; pero no vemos claramente por qué no habría de tener la corte suprema de una federación la facultad expresa de hacer aquella declaratoria, aun cuando no se presente ninguna controversia particular en que la ley haya de aplicarse” (*Estudios constitucionales*, tomo II, París, Librería española i americana de E. Denne, 1878, p. 85).

(17) *Diario oficial*, n.º 6720-6721, 1º de julio de 1886, p. 649. Carlos Restrepo Piedrahita critica el entusiasmo de Caro respecto de esta innovación puesto que en las constituciones ecuatorianas de 1869 (art. 43) y 1878 (art. 60) la Corte Suprema ya obraba como árbitro en esta hipótesis. J.A.C. Grant también considera que dicho sistema no tenía especial novedad. Ver “*Judicial review by executive reference prior to promulgation: The Colombian experience*”, *Southern California Law Review*, Vol. 21, 1948, p. 154. Sobre el origen y evolución del control constitucional en Colombia ver, del mismo autor, *Judicial control of the constitutionality of Statutes and administrative legislation in Colombia: Nature and evolution of the present system*, *Southern California Law Review*, Vol. 23, n.º 4, July, 1950. “El control de la constitucionalidad de las leyes a petición del ejecutivo previamente la promulgación: la experiencia de Colombia”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, enero-marzo de 1947, n.º 3, México, p. 244.

un caso concreto la Constitución de preferencia a la ley, “pero nunca la declara expresamente nula”⁽¹⁸⁾.

Aunque la Constitución de 1886 no fue la primera en establecer un control de las leyes previo, abstracto y con efecto *erga omnes*, sí es excepcional la claridad con la cual se definió la atribución de la Corte Suprema de Justicia como único y exclusivo juez de constitucionalidad, así como que esta competencia singular no se haya quedado en el papel sino que se haya empezado a ejercer desde 1887, como se verá posteriormente, en procesos que llegaron a tener trascendencia para la resolución de conflictos entre fuerzas políticas¹⁹.

1.1.2.2. *El control de leyes vigentes por acción pública: otra originalidad en 1910*

El esquema de 1886 fue ampliado significativamente por el Acto Legislativo n.º 3 de 1910, cuando ya había terminado el quinquenio del Presidente, el general Rafael Reyes.

En 1910 una Asamblea Constituyente dominada por los sectores republicanos y civilistas, que reunía a liberales y conservadores, suprimió algunas de las causas constitucionales del conflicto al adoptar la reducción del mandato presidencial de seis a cuatro años, la prohibición de la reelección inmediata del Presidente, la reunión anual del Congreso, la representación parlamentaria de las minorías políticas mediante una nueva legislación electoral, la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia por el Congreso a partir de las listas propuestas por el Presidente y, por último, herramienta no despreciable para la pacificación, la instauración de la acción pública de inconstitucionalidad que le permite a

(18) Son las palabras de Sergio Arboleda, citado por Restrepo Piedrahita, op. cit.

(19) Lo anterior no significa que durante La Regeneración la Corte Suprema hubiera asegurado la efectividad de la Constitución. Recordando la llamada Ley de los Caballos (L. 61/1888), Carlos Restrepo Piedrahita concluye: “En la historia del Derecho Constitucional Colombiano el período llamado *La Regeneración* se destaca como el único durante el cual el principio de supremacía de la Constitución no tuvo vigencia” (op. cit).

todo ciudadano demandar ante la Corte Suprema de Justicia la inconstitucionalidad de las leyes vigentes contrarias a la Constitución. Así se buscó restablecer la paz entre los dos partidos tradicionales, de 1910 a 1945.

En dicho acto legislativo se introdujo (i) un sistema muy accesible de control constitucional abstracto de las leyes nacionales vigentes, ya no de proyectos de ley, por medio de una “acción pública de inconstitucionalidad” —que, hasta donde tengo conocimiento, fue la primera de su tipo en el mundo en hacerse efectiva a nivel nacional—, en ejercicio de la cual todo ciudadano podía interponer, en defensa del interés público, una demanda contra cualquier ley del Congreso Nacional ante la Corte Suprema, cuyas decisiones tenían por ende efectos *erga omnes*⁽²⁰⁾. También contempló expresamente (ii) una “excepción de inconstitucionalidad”, por medio de la cual todo juez o funcionario público podía decidir no aplicar disposiciones legales que se consideraran inconstitucionales en casos concretos⁽²¹⁾. Las decisiones adoptadas por la Corte en relación con tales “excepciones de inconstitucionalidad”, que rara vez eran invocadas, sólo tenían efectos *inter partes*, por lo cual las disposiciones relevantes podían ser aplicadas a otras situaciones distintas.

Cabe resaltar algunos rasgos relevantes de las innovaciones adoptadas en 1910. La acción pública contra leyes y decretos consagró tempranamente en Occidente el control posterior sobre actos del Congreso y del Presidente

(20) De hecho, desde 1904 una ley había creado la acción pública de inconstitucionalidad (L. 2ª/1904); pero sólo podía dirigirse contra decretos presidenciales expedidos durante estados de sitio. Sin embargo, los orígenes de esta acción pública se remontan incluso hasta las primeras constituciones de Colombia y Venezuela. Ver, a este respecto, A. R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*; Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 279, y Carlos, Restrepo Piedrahita, *Constituciones Políticas de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

(21) El debate sobre la excepción de inconstitucionalidad ya estaba presente en los círculos jurídicos colombianos desde el siglo XIX. En efecto, desde 1887 una ley nacional (L. 153/1887, art. 6º) había obstaculizado indirectamente la aplicación de las excepciones de inconstitucionalidad, al ordenar que las disposiciones legales adoptadas después de la Constitución de 1886 se presumirían constitucionales, y debían ser aplicadas incluso si aparentemente contradecían lo dispuesto por la Carta Política. Esta disposición normativa se introdujo para modificar una ley previa (L. 57/1887, art. 5º) según la cual, en casos de conflicto entre la Constitución y la ley, prevalecería aquella.

que ya hubieren entrado en vigor. En esto se anticipó en casi dos décadas a las tesis de Hans Kelsen, considerado el padre del modelo de control constitucional abstracto y concentrado europeo⁽²²⁾. Cabe anotar que en Colombia esta modalidad de control constitucional no se fundamentó primordialmente en teorías sobre la coherencia del ordenamiento jurídico, si bien propendía por ello, por supuesto. Su función primordial fue política, en el contexto en que fue propuesta y adoptada. A menudo se olvida que seis años antes, la acción pública de inconstitucionalidad había sido concebida como un instrumento útil para la reconciliación, con un doble rol. Primero, servía de canal de acceso a quienes pertenecían a fuerzas políticas que se sentían excluidas o perseguidas por el Gobierno y el Congreso que lo apoyaba. Así se refleja en un documento de la Junta de Conciliación de Antioquia que propuso las “bases” para reconstruir la concordia entre los colombianos. De lo que se trataba era de permitir que fuerzas de la oposición no dependieran del conflicto entre el Presidente y el Congreso, algo eventual, para que la Corte Suprema actuara como árbitro en una confrontación respecto de un acto del Congreso o del Ejecutivo⁽²³⁾. Segundo, también en 1904, la acción pública fue vista como un mecanismo para controlar el poder presidencial cuando éste se manifestara en decretos de estado de sitio con fuerza de ley, cosa que ya había sucedido con frecuencia⁽²⁴⁾. El propio José Vicente Concha propuso una enmienda a la Constitución durante el Congreso de 1909, recogiendo la ley que en 1904 había consagrado la acción pública de inconstitucionalidad contra los decretos legislativos de estado de sitio⁽²⁵⁾.

Se puede afirmar que a partir de 1910 se consolida en Colombia la defensa judicial de la supremacía de la Constitución con una amplitud

(22) Los primeros artículos de Kelsen sobre el tema datan de finales de los años veinte. Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1981.

(23) “Organizar los poderes públicos, guardando la independencia y separación recíproca entre ellos; y hacer a la Corte Suprema de Justicia árbitro e intérprete de la inteligencia y constitucionalidad de las leyes, a pedimento del Ministerio Público o de los ciudadanos” (texto en *Orientación republicana* de Carlos E. Restrepo, tomo I, Medellín, s.f., p. 176. Tales “bases” fueron preparadas por Fidel Cano —liberal— y Carlos E. Restrepo —conservador—).

(24) Se trata de la Ley 2ª de 1904 que tuvo una vigencia de meses puesto que fue derogada por la Ley 8ª de 1905 cuando se estaba iniciando el quinquenio de Reyes.

(25) *Anales de la Cámara de Representantes* n.º 3, 14 de agosto de 1909, p. 22.

extraña para la época en Occidente, pero funcional a la necesidad sentida en nuestro país de crear garantías institucionales para el retorno a la convivencia pacífica dentro de la democracia.

1.1.2.3. *La ampliación de los referentes sustantivos del control constitucional*

Por esos mismos años, los movimientos sociales ganaban fuerza con la industrialización de ciertas regiones, las migraciones en búsqueda de mejores salarios, el cambio de las estructuras agrarias debido a la exportación del café y el desarrollo de las corrientes socialistas. En 1910 se produjo la primera gran huelga en el puerto de Barranquilla. Hubo muchas otras, hasta 1928, año de la masacre de los obreros de la zona de producción bananera de la United Fruit, en Santa Marta. En 1916 los indígenas se sublevaron en el Cauca bajo la dirección de Quintín Lame. En 1919 los campesinos se unieron a los movimientos de reivindicación social. Los logros en materia de pacificación política no respondían a las nuevas tensiones sociales. Hasta que llegó la segunda gran reforma constitucional.

En 1936 el presidente liberal Alfonso López Pumarejo obtuvo de un Congreso liberal (los conservadores habían rehusado participar en las elecciones) la introducción en la Constitución de la libertad religiosa, así como importantes garantías sociales: el derecho a la huelga, la asistencia pública, la libertad de asociación, la expropiación por razones de interés social, y sin indemnización si ello fuese ordenado por razones de equidad. Siguiendo al jurista francés Léon Duguit, la propiedad fue definida como función social y la intervención del Estado en la economía fue legitimada constitucionalmente. Estos cambios constituyeron el *New Deal* colombiano. El objetivo era incorporar los movimientos sociales al aceptar estas reivindicaciones y al quebrarle una vértebra ideológica a la Constitución de 1886. La revisión constitucional favoreció las reformas sociales y agrarias, las cuales permitieron la paz con los movimientos sociales de banderas socialistas. Los activistas de los movimientos sociales volvieron a integrarse al Partido Liberal. El Partido Socialista de 1919 y el Partido Revolucionario Socialista de 1926 desaparecieron rápidamente. Apenas subsistió su escisión de 1930, el Partido Comunista de Colombia.

La reforma de 1936 no modificó el órgano de control constitucional, los mecanismos de acceso a la Corte Suprema, ni su competencia. Sin

embargo, transformó un elemento esencial del sistema de control constitucional: el referente constitucional de dicho control. Este sufrió dos cambios cruciales: (i) hubo un aumento en los derechos y garantías ciudadanas, lo cual incrementó las normas que establecen límites sustantivos al ejercicio del poder público, en especial en lo que respecta a las políticas económicas y sociales, y (ii) se incorporó a la Carta una filosofía distinta a la predominante en 1886 que en algunos casos convivía con la anterior, lo cual le ofreció al juez constitucional un mayor margen de libertad en la interpretación constitucional y lo responsabilizó de promover el desarrollo de esa nueva filosofía sobre cuyos alcances y fuentes aún existe controversia.

Posteriormente, durante el periodo correspondiente al segundo mandato inconcluso del presidente Alfonso López Pumarejo, sí se modificó un aspecto orgánico y competencial del sistema de control constitucional. En 1945⁽²⁶⁾, se atribuyó al Consejo de Estado funciones de control constitucional, en particular con respecto a las acciones públicas contra actos administrativos⁽²⁷⁾. Con ello se circunscribió la competencia de la Corte Suprema de Justicia respecto del Ejecutivo a sólo tres categorías de decretos: los decretos de estado de sitio, los decretos extraordinarios dictados en ejercicio de una delegación legislativa expresa, precisa y temporal, y los decretos que desarrollaran autorizaciones concedidas por el Congreso para negociar empréstitos y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional del Presidente. El origen de esta reforma fue el conflicto que se suscitó entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en torno a cuál de las dos corporaciones era competente para conocer de un decreto

(26) Acto Legislativo n.º 1 de 1945 (art. 41). Dicha reforma también describió de manera más detallada las competencias de la Corte Suprema de Justicia con miras a distribuir claramente las competencias de esta y del Consejo de Estado. También facultó a los gobernadores de departamento para objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia los proyectos de ordenanzas (art. 85 num. 6).

(27) El Consejo de Estado también conocía de las "excepciones de ilegalidad", raramente aplicadas por los jueces y por otras autoridades en relación con actos administrativos que se consideraban incompatibles con la ley en casos concretos, y podía aplicar una "excepción de inconstitucionalidad" frente a leyes y actos administrativos. En 1945 también se le atribuyeron competencias contenciosas en relación con las peticiones de indemnización de perjuicios presentadas por las víctimas de abusos estatales.

dictado en 1942 sobre un tema de alta sensibilidad política⁽²⁸⁾. Por medio de dicho decreto el Ejecutivo cambió la fecha en la cual habrían de reunirse las asambleas departamentales. Como para entonces ya estaba en vigor el Código Contencioso Administrativo⁽²⁹⁾ que regulaba las competencias de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado, éste suspendió provisionalmente el decreto. A su turno, la Corte Suprema de Justicia le planteó al Consejo de Estado un conflicto de competencias, acogiendo la solicitud del Procurador General de la Nación en el sentido de que era ella la que debía revisar la constitucionalidad de dicho decreto. La controversia, de gran intensidad, tanto política como jurídica, se resolvió el mismo año cuando la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el artículo del Código Contencioso Administrativo que había servido de fundamento al Consejo de Estado para asumir competencia como órgano de control constitucional de los decretos del Ejecutivo⁽³⁰⁾.

Tres años después de esta reforma, cuando el 9 de abril de 1948 fue asesinado el caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, empezó un lapso crítico para la defensa judicial de la Constitución: “La Violencia” entre liberales y conservadores y, luego, la dictadura del general Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957).

1.1.2.4. *Los avatares de la independencia judicial para controlar el poder*

“La Violencia” terminó por un golpe de Estado, llamado “golpe de opinión” porque era sostenido por una corriente moderada del Partido Conservador y por el Partido Liberal. El presidente conservador, Laureano Gómez, fue obligado al exilio en 1953, y se refugió en la España franquista. Después del golpe de Estado, el general Gustavo Rojas Pinilla ordenó un cese al fuego unilateral de los militares y ofreció una amnistía general e incondicional. Al cabo de un año, numerosos jefes de las guerrillas abandonaron sus armas. Un pacto entre los dirigentes de los dos grandes partidos fue entonces inscrito en la Constitución: alternación obligatoria de la Presidencia entre liberales y conservadores, inicialmente durante doce años

(28) Decreto 970 de 1942.

(29) Ley 167 de 1941, art. 62.

(30) Sentencia del 7 de julio de 1942, *Gaceta Judicial*, tomo LII, p. 5.

que luego se extendieron a dieciséis años (1958-1974); repartición paritaria de las Carteras ministeriales, de los escaños en la Corte Suprema de Justicia, en el Consejo de Estado, en el Congreso, en los concejos municipales y en las asambleas departamentales durante doce años, y restauración de la Constitución de 1886, con sus reformas sucesivas. Lo esencial de este pacto fue ratificado por plebiscito el 1º de diciembre de 1957 y luego por una reforma constitucional. La junta militar provisional cedió entonces el poder al primer Presidente del Frente Nacional, el liberal Alberto Lleras Camargo, mandatario del así llamado gobierno de “responsabilidad compartida”.

Así terminó el breve régimen militar y, sobre todo, la violencia entre liberales y conservadores, una vez más gracias a un pacto constitucional. Pero los conflictos continuaron en algunos municipios. En la elección presidencial de 1970, la última bajo el régimen del Frente Nacional, el movimiento político creado por el general Gustavo Rojas (Alianza Nacional Popular, Anapo) estuvo a punto de ganar las elecciones. Entonces una nueva guerrilla apareció, el M-19 (Movimiento 19 de Abril, fecha de las elecciones). Las FARC y el ELN habían emergido en la década anterior como grupos guerrilleros con banderas predominantemente rurales.

— *La cooptación y la paridad como garantías contra la politización*

Con el Frente Nacional se buscó reducir la confrontación, aun política, entre los partidos. Esto redundó en la despartidización de la Corte Suprema de Justicia con miras a asegurar su independencia tanto frente al Congreso como frente al Ejecutivo. Para ello, como se anotó, se acudió a dos mecanismos: la paridad liberal conservadora y la cooptación que marginó a las ramas políticas del poder público de la selección de los magistrados. Con ello se avanzó en independencia judicial. La propia Corte Suprema ejerció su misión de guardián de la Carta no solo para preservar el consenso constitucional bipartidista sino para garantizar su propia gobernabilidad en un contexto de convivencia entre las fuerzas políticas tradicionales.

Una de las consecuencias saludables de la paridad y de la cooptación fue la de aumentar la independencia del juez constitucional ante los cambios en las tendencias de la opinión política, si bien su composición siempre habría de reflejar el predominio bipartidista. Este cambio también marca

la culminación de la evolución de las garantías a la independencia de la Corte Suprema de Justicia, que fue uno de los propósitos del constituyente de 1886⁽³¹⁾. En el cuadro 2 se resume la evolución de estas garantías entre 1886 y 1991. Es necesario subrayar que en 1991 se presentó una transformación radical en todo el sistema de control constitucional, la cual estuvo acompañada de una recombinación de las garantías de independencia con el fin de permitir la participación del Ejecutivo y el Legislativo en la integración de la Corte Constitucional, sin disminuir su autonomía ni amenazar su imparcialidad. Por ello, las dos terceras partes de los magistrados son postulados por la rama judicial, sus periodos son de ocho años sin posibilidad de reelección, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se hace más severo. A su turno, la legitimidad de la Corte Constitucional se fortaleció al ser todos sus miembros elegidos directamente por el Senado, e indirectamente por el pueblo ya que la cámara alta es elegida en circunscripción nacional por todos los electores que conforman el censo electoral. Dicho fortalecimiento ha redundado en una mayor independencia de la Corte Constitucional para adoptar decisiones en casos difíciles y polémicos, como se verá posteriormente.

— *El control judicial de los decretos de estado de sitio*

Tan solo tres años después de iniciado el Frente Nacional, se hizo manifiesto el abuso del ejercicio de las facultades presidenciales basadas en el estado de sitio, el cual se extendió desde 1944, con motivo del golpe frustrado de cuartel en la ciudad de Pasto contra el Presidente Alfonso López Pumarejo, hasta 1957, cuando terminó la dictadura militar. La respuesta ante esta fuente de confrontación política fue reformar el mecanismo de acceso a la Corte Suprema de Justicia para controvertir

(31) Al respecto José María Samper dijo en su comentario de la época (1881): "Pero es claro que los jueces o magistrados, no son gobernantes, en la acepción constitucional de la palabra gobierno y de la función gubernativa, ni tienen carácter político, ni cosa alguna que hacer con la política, esto es, con la lucha de los partidos y el predominio que la opinión nacional da a determinadas ideas en la dirección de la república. Por el contrario, el juez o magistrado debe apartarse totalmente de las cosas políticas, no tomarlas en cuenta para sus fallos o resoluciones, cerrar ojos, oídos y boca delante de los partidos, y hacer cuenta que estos no existen. Él es una conciencia neutral e impasible que juzga sobre hechos que le son extraños personalmente (...). José María. Samper. *Derecho Público Interno de Colombia*, reimpr., Bogotá. Edit. Temis, 1982.

tales decretos. Antes de 1960 éstos podían ser demandados por cualquier ciudadano ante la Corte. En 1960 se introdujeron dos cambios que revelan la importancia del control constitucional para contribuir o mantener la convivencia pacífica. Primero, se facultó al Congreso, por medio de proposición aprobada por mayoría absoluta de una y otra cámara, para decidir que dichos decretos pasaran a la Corte Suprema de Justicia para que esta se pronunciara sobre su constitucionalidad. De nuevo se establecía el acceso a la Corte como un mecanismo de garantía para las fuerzas políticas que se sintieran lesionadas por el poder presidencial, pero esta vez se hizo explícita su función política que no era notoria en 1910. Segundo, ante la decisión del Congreso, la Corte quedaba obligada a fallar dentro del término de 6 días. La consecuencia de no hacerlo era que los magistrados incurrieran en causal de mala conducta y podían ser destituidos. Además, el decreto quedaba automáticamente suspendido, lo cual reforzaba el carácter garantista del acceso a la Corte desde el punto de vista de los afectados⁽³²⁾.

Después de una década de Frente Nacional, en 1968 una reforma introdujo el control de oficio, por la Corte Suprema de Justicia, de los decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de sus poderes excepcionales bajo el estado de sitio, y lo hizo extensivo por esta vía automática al nuevo estado de excepción creado en esa misma reforma con el nombre de emergencia económica y social⁽³³⁾. La instauración de un control oficioso de los decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República durante el estado de sitio obedeció a la poca utilización por parte del Congreso de la facultad que se le confirió en 1960 así como al propósito de erigir a la Corte Suprema como órgano de control del poder presidencial. Sin embargo, el balance del control judicial de los decretos de estado de sitio apunta a que en realidad la Corte fue deferente con el Ejecutivo y en no pocas ocasiones obró, quizás sin proponérselo.

(32) Acto Legislativo n.º 1 de 1960 (art. 1º).

(33) Los "estados de sitio" (creados en 1886) y los "estados de emergencia económica y social" (introducidos en 1968) eran figuras previstas en la Constitución anterior (hoy denominadas "estados de excepción"), por medio de las cuales el Presidente era investido temporalmente de poderes legislativos extraordinarios, así como de mayores atribuciones que las ordinarias, para efectos de lidiar con circunstancias específicas para las cuales eran insuficientes los poderes presidenciales normales. Ver, a este respecto, la sección 2 de este documento.

como legitimador de la constitucionalidad de medidas excepcionales en extremo restrictivas de los derechos e invasoras de las competencias de la rama judicial.

— *Plazos perentorios para fallar y control de los vicios de forma*

En 1968 también⁽³⁴⁾ se establecieron términos constitucionales perentorios para que la Corte Constitucional proferiera sus sentencias. Dichos plazos son relativamente breves, a la luz del derecho comparado, y continúan existiendo hasta hoy. Los términos ordinarios se recortaban a la tercera parte cuando el acto controlado fuera un decreto de estado de sitio o de emergencia económica⁽³⁵⁾. Fueron introducidos para impedir que la Corte Suprema postergara los asuntos polémicos, a veces hasta por catorce años⁽³⁶⁾, y prefiriera discrecionalmente decidir con antelación las cuestiones de menor trascendencia jurídica y política, algo que el propio general Rojas Pinilla le reclamó a la Corte en una carta pública⁽³⁷⁾. El detonante de esta innovación fue la inusitada demora de la Corte Suprema en pronunciarse sobre la demanda que se presentó contra el Decreto 3520 del 9 de noviembre en 1949, de estado de sitio, mediante el cual el Presidente Mariano Ospina Pérez cerró el Congreso de la República, suspendiendo sus sesiones “hasta la fecha que determine el Gobierno”. Con dicho decreto también se cerraron las asambleas departamentales y los concejos municipales. En efecto, la sentencia correspondiente sólo se proferió en 1970 cuando un demandante pidió que se declarara la inconstitucionalidad de la ley que

(34) Otras reformas al control constitucional fueron: la ampliación de decretos presidenciales sometidos a control, puesto que se agregaron los decretos para poner en vigencia los proyectos de leyes sobre planes y programas de desarrollo económico así como los dictados con base en el estado de emergencia económica y social; la creación de la Sala Constitucional, y la exclusión de la acción pública para los decretos dictados con base en el estado de excepción.

(35) Los términos ordinarios eran los siguientes: 30 días para que el Procurador General de la Nación rindiera su concepto sobre la constitucionalidad del acto controlado; 30 días para que la Sala Constitucional, creada también en 1968, rindiera ponencia ante la Sala Plena, y 60 días para que el Pleno de la Corte proferiera sentencia (art. 214 C.P., 1968, art. 214).

(36) Así sucedió con la demanda instaurada por Luis E. Nieto Arteta contra los decretos 1381 y 1382 de 1940 (*Gaceta Judicial* n.º 2150, tomo LXXIX, p. 412).

(37) Carta del 14 de septiembre de 1956 dirigida a juristas de Medellín (*Gaceta Judicial* n.º 2171-2172-2173, tomo LXXXIII, p. 421).

le dio carácter permanente a dicho decreto⁽³⁸⁾. O sea que la Corte Suprema sólo se pronunció sobre este espinoso asunto después de la reforma de 1968.

Finalmente, es importante resaltar que en 1968 se permitió expresamente que la Corte controlara por vicios de forma el cumplimiento de los requisitos de procedimiento en la formación de las leyes. Este avance, estimulado por los fallos inhibitorios de la Corte frente a cargos formales, también responde al propósito de concederle a las minorías políticas garantías en los procesos decisorios que conducen a la expedición de normas jurídicas, lo cual se inspira en la función de pacificación política que cumple el control constitucional.

En cambio, en 1968 no se aprobó la propuesta de crear una Corte Constitucional inspirada en el modelo europeo de control concentrado. La idea de introducir esta transformación reapareció en varios momentos y tan solo se materializó parcialmente en 1979 cuando una reforma constitucional atribuyó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema funciones autónomas de decisión. No obstante, esta reforma solo estuvo en vigor unos cuantos meses porque la Corte Suprema de Justicia la declaró inconstitucional por vicios de forma⁽³⁹⁾.

En resumen, para 1990, con el fin de cumplir sus funciones de trascendencia política, en especial en lo atinente al mantenimiento de la convivencia pacífica mediante la resolución institucional de conflictos y desacuerdos, las competencias básicas de la Corte Suprema de Justicia —paritaria, elegida por cooptación, independiente, y compuesta de 24 magistrados— eran: (a) revisar los proyectos de ley objetados por motivos de

(38) Sentencia del 30 de septiembre de 1970, M.P. José Gabriel de la Vega, *Gaceta Judicial* n.º 2338 bis, tomo CXXXVII, p. 386 y ss. La sentencia de la Corte fue inhibitoria por sustracción de materia. La Corte argumentó que el Congreso ya había reanudado sus sesiones desde 1951 y que el decreto había sido derogado porque se le “privó de efectos”, con el decreto que señaló la fecha para reanudar las sesiones en 1951. También alegó la Corte que la demanda había sido presentada después de la reanudación de las sesiones del Congreso. Respecto de la constitucionalidad de la ley que le dio carácter permanente, la Corte acogió la tesis del Procurador de que se trataba de una “inadvertencia” del legislador. El fallo fue unánime.

(39) Sentencia del 3 de noviembre de 1981, M.P. Fernando Uribe Restrepo.

inconstitucionalidad por el Presidente de la República ante la insistencia del Congreso; (b) llevar a cabo el control constitucional oficioso de los decretos legislativos dictados por el Gobierno en ejercicio de sus poderes bajo estados de sitio o de emergencia económica, y (c) resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos contra las leyes o contra los decretos con fuerza de ley adoptados por el Presidente en ejercicio de poderes legislativos expresamente delegados a él por el Congreso mediante leyes de "facultades extraordinarias". Adicionalmente, la Corte Suprema expandió el alcance de sus propias funciones de control constitucional en varias decisiones notorias, incluyendo las que declararon su jurisdicción sobre (d) las acciones públicas de inconstitucionalidad contra reformas constitucionales aprobadas por el Congreso⁽⁴⁰⁾, y (e) las leyes aprobatorias de tratados internacionales, que sólo eran controladas en cuanto a la validez de su proceso de formación⁽⁴¹⁾.

1.1.3. *El control constitucional después de la Constitución de 1991*

En 1991 este sistema sufrió una transformación radical, también como parte de un cambio constitucional orientado a conseguir la paz, esta vez con los grupos guerrilleros que nacieron durante el Frente Nacional. Dicho cambio fue el más grande y profundo del siglo XX puesto que se tradujo en una Constitución completamente nueva y diferente adoptada por una asamblea constituyente convocada por iniciativa ciudadana y elegida popularmente, lo cual fue propiciado y orientado por los gobiernos sucesivos de los presidentes Virgilio Barco (1986-1990) y César Gaviria (1990-1994).

Ambos presidentes acudieron a decretos de estado de sitio para facilitar que el pueblo, como constituyente primario, convocara, eligiera y definiera el perfil de la Asamblea Constituyente. La Corte Suprema de Justicia avaló la validez de tales decretos con el argumento de que la convocatoria de la Asamblea contribuiría a la reconciliación de los colombianos y podría conducir a la adopción de esos tratados de paz denominados constituciones. La Constitución de 1991 fue también un tratado de paz en un sen-

(40) Sentencia del 5 de mayo de 1978, M.P. José María Velasco Guerrero.

(41) Sentencia del 12 de diciembre de 1986, M.P. Jairo E. Duque Pérez.

tido mucho más amplio y de largo plazo: fue una tentativa de reformulación del contrato social.

El argumento de la Corte sin duda se inspiró tácitamente en dos siglos de historia nacional, pero también respondió al contexto del momento puesto que había venido avanzando con altas probabilidades de éxito un proceso de paz con el grupo guerrillero M-19 y con el EPL⁽⁴²⁾.

En efecto, dos decenios después de convertirse en partido político, el grupo guerrillero M-19 se encontraba militarmente golpeado y casi sin apoyo popular después de su toma por asalto en 1985 del Palacio de Justicia, donde tenía su sede la Corte Suprema de Justicia, seguido del secuestro de un líder conservador en 1988 (Álvaro Gómez Hurtado). El Presidente Virgilio Barco Vargas, quien dirigía entonces un gobierno liberal, invitó a las demás fuerzas políticas a practicar una oposición leal. Criticó la permanencia de la coalición liberal-conservadora y preconizó paralelamente un plan de lucha contra la pobreza. En ese contexto, el M-19 firmó un acuerdo de paz y aceptó participar en las elecciones legislativas y presidenciales de 1990. Obtuvo pocos votos, pero suscitó la confianza en la seriedad de su mutación cívica. Ocho meses más tarde lograría un amplio progreso en el momento de la elección de la Asamblea Constituyente, al obtener 19 de los 70 escaños, y entraría a formar parte de la troika que habría de presidir la Asamblea.

Otros ex guerrilleros manifestaron también algunos meses después de la elección de la Asamblea Constituyente (diciembre de 1990) su deseo de firmar la paz. El Presidente César Gaviria había liderado un proceso de acuerdos políticos para definir las reglas de juego de convocatoria de la Asamblea Constituyente, así como la agenda de la cual ésta habría de ocuparse⁽⁴³⁾. En dichos acuerdos, luego respetados en ese punto por el reglamento de funcionamiento que adoptó autónomamente la Asamblea Constituyente después de iniciar sus sesiones el 5 de febrero de 1991, se

(42) Rafael Pardo Rueda, *De primera mano. Colombia 1986-1994: entre conflictos y esperanzas*, Bogotá, Cerec y Norma, 1996.

(43) Para una descripción detallada de este proceso ver Manuel José Cepeda Espinosa, *Introducción a la Constitución de 1991*, Bogotá, Presidencia de la República, 1992.

previó la posibilidad de asignarle, por decisión presidencial, participación a los grupos guerrilleros que se reincorporaran a la vida civil o avanzaran significativa y seriamente hacia dicha meta. Dos escaños les fueron reservados para estimularlos a entregar las armas. Estos se le atribuyeron al Ejército Popular de Liberación (EPL), el cual se convirtió en partido político con el nombre de Esperanza, Paz y Libertad (EPL también). Otros dos grupos (El Partido Revolucionario de los Trabajadores -PRT y el Frente Quintín Lame) recibieron dos escaños adicionales pero sin derecho al voto. Colombia encontraba así de nuevo, aunque parcialmente, la paz por la vía de una transformación constitucional. Dos grupos (FARC y ELN) permanecen aún en la lucha armada. A comienzos de 1994 uno de los frentes del ELN (la Corriente de Renovación Socialista) firmó a su vez la paz. Pero las FARC y el ELN continúan desplegando acciones violentas, como también lo han hecho desde mediados de los ochentas grupos ilegales de autodefensa conocidos con el nombre de paramilitares y agrupados en organizaciones nacionales como las AUC (Autodefensas Unidas de Colombia).

Conforme a la experiencia anteriormente descrita, el cambio constitucional ayudó a resolver los enfrentamientos que minan la sociedad. La Constitución de 1991 fue adoptada en ese espíritu, por consenso de todas las fuerzas políticas, tanto de los partidos tradicionales como de los nuevos movimientos políticos procedentes de la guerrilla, o derivados de la proyección de grupos étnicos, de minorías religiosas o de movimientos sindicales y fuerzas independientes. La elección libre de una asamblea constituyente muy pluralista permitió realizar una vez más la alquimia constitucional. Lo excepcional es que por primera vez en la historia de Colombia no hubo vencedores ni vencidos después de la adopción de una Constitución enteramente nueva y distinta.

También dentro de este espíritu, la Asamblea Constituyente decidió cambiar sustancialmente el sistema de defensa judicial de la supremacía de la Constitución. A continuación se sintetizan las principales modificaciones y su significado.

1.1.3.1. *La creación de la Corte Constitucional*

Las principales innovaciones del constituyente de 1991, que explicaré en detalle más adelante, fueron (i) la creación de la Corte Constitucional

como un tribunal especializado para encabezar la nueva "jurisdicción constitucional", de la cual forman parte todos los jueces colombianos⁽⁴⁴⁾; (ii) la aplicación del control constitucional a situaciones particulares y concretas por medio de la creación de una acción judicial específica para la protección de derechos fundamentales, la *acción de tutela*; (iii) la expansión del control constitucional abstracto de las leyes (esto es, de las normas que tengan la jerarquía y la fuerza jurídica de las leyes adoptadas por el Congreso), tanto de oficio por la Corte como al resolver la acción pública de inconstitucionalidad, y (iv) la adopción de medios para contextualizar las decisiones proferidas en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.

A pesar de las bondades del sistema de control constitucional proveniente de 1886, el esquema contaba con significativas desventajas, que gradualmente se acumularon en el tiempo y motivaron su transformación. Entre ellas, se podrían citar (i) el sistema poco representativo de elección de los magistrados por cooptación; (ii) la poca relevancia de la Constitución de 1886 para la vida y las necesidades ordinarias de las personas, incluso después de importantes enmiendas en 1936, 1945 y 1968⁽⁴⁵⁾, en

(44) La rama judicial colombiana ha sido organizada tradicionalmente en "jurisdicciones", esto es, segmentos especializados del aparato judicial, que se ubican jerárquicamente bajo una de las dos "altas Cortes": la Corte Suprema de Justicia (que encabeza la jurisdicción "ordinaria", que abarca a los jueces civiles, penales, laborales, agrarios, especializados de comercio y de familia) y el Consejo de Estado (que se ubica a la cabeza de la jurisdicción "contencioso-administrativa", a cargo de la resolución de los conflictos derivados del ejercicio de la función pública administrativa). La Constitución de 1991 creó una nueva jurisdicción "constitucional", encabezada por la Corte Constitucional, que abarca a todos los jueces del país cuando deciden casos de tutela, incluyendo a la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Otras "jurisdicciones" del país incluyen la jurisdicción penal militar, la jurisdicción especial indígena y los "jueces de paz" (compuesta por ciudadanos particulares a quienes la Constitución confiere funciones jurisdiccionales específicas para resolver asuntos menores).

(45) Aunque la acción de inconstitucionalidad era pública en teoría, en la práctica hacían uso de ella principalmente los grupos económicos más poderosos, u otros grupos de presión (cuando ello fuera ventajoso para sus intereses), demostrando así que el canal jurídico públicamente accesible que había sido diseñado originalmente se había convertido, de alguna manera, en un instrumento para la promoción de intereses privados encubiertos (la acción pública de inconstitucionalidad también era utilizada por los estudiantes de Derecho para cumplir con requisitos académicos de sus cursos de Derecho Constitucional o con sus prácticas de consultorio jurídico y judicatura en derecho público).

contraste con su importancia para la vida política e institucional; (iii) la ausencia de un sistema eficaz de protección de los derechos fundamentales⁽⁴⁶⁾; (iv) la definición imprecisa del alcance de las funciones de la Corte, que generaba frecuentes choques con otros organismos estatales que sentían invadidas sus órbitas⁽⁴⁷⁾; (v) la falta de mecanismos para armonizar los pronunciamientos de la Corte Suprema y del Consejo de Estado cuando se

(46) En consecuencia, varias medidas que hoy en día serían consideradas inaceptables encontraron una tolerancia judicial significativa –y sorprendente– (como ocurrió, p. ej., con la represión de protestas por medio de poderes presidenciales bajo un estado de sitio –decisión del 30 de octubre de 1978, M.P. Luis Carlos Sáchica Aponte, y del 1º de diciembre de 1986, M.P. Fabio Morón Díaz–. Pero tal vez la falla más protuberante del sistema en este campo era la ausencia de mecanismos e instrumentos adecuados y accesibles para asegurar la protección directa de los derechos fundamentales en situaciones concretas de la vida cotidiana. La idea misma de derechos fundamentales de aplicación directa era ajena a nuestro sistema de derecho constitucional, y en consecuencia, a la jurisprudencia de la Corte Suprema (para un balance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre derechos fundamentales, en el que se resalta la importancia de la Carta de Derechos y la acción de tutela que se introdujeron en 1991, se puede consultar: Manuel José Cepeda Espinosa, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Edit. Temis, 1997).

(47) Por ejemplo, cuando la Corte Suprema declaró la inexecutable de las reformas constitucionales promovidas por los presidentes Alfonso López Michelsen (Sent. del 5 de mayo/1978, M.P. José María Velasco Guerrero: la reforma constitucional preveía la convocatoria de una Asamblea Constituyente) y Julio César Turbay Ayala (Sent. del 3 de noviembre/1981, M.P. Fernando Uribe Restrepo: la reforma se refería principalmente a las ramas legislativa y judicial), cuando declaró inconstitucional la reforma tributaria adoptada por el presidente Belisario Betancur en ejercicio de sus poderes bajo un estado de emergencia económica (Sent. del 23 de febrero/1982, MM.PP. Ricardo Medina Moyano, Manuel Gaona Cruz y Carlos Medellín Forero), cuando declaró la constitucionalidad del controvertido “Estatuto de Seguridad” del presidente Julio César Turbay Ayala (Sent. del 30 de octubre/1978, M.P. Luis Carlos Sáchica Aponte), cuando respaldó la validez de una ley que limitaba la inversión extranjera en el sector financiero (la controvertida “Ley de Nacionalización de la Banca”) (Sent. del 16 de junio/1976, M.P. Eustorgio Sarria Morcillo), o cuando se declaró competente para examinar la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, lo cual condujo eventualmente a la imposibilidad de dar aplicación al Tratado de Extradición entre Colombia y Estados Unidos (Sent. del 12 de diciembre/1986, M.P. Jairo Duque Pérez), con serias consecuencias para la fluidez de las relaciones externas colombianas y para la efectividad de las acciones en contra del crimen organizado internacional.

contradecían en materias similares⁽⁴⁸⁾, y (vi) el predominio de un enfoque interpretativo orgánico-formalista que contribuyó a ampliar la distancia existente entre la Constitución y la vida sociopolítica de la Nación⁽⁴⁹⁾. De estas falencias sobresale la precaria protección que el juez constitucional le brindaba a los derechos humanos, en especial frente a las medidas de estado de sitio y en situaciones concretas⁽⁵⁰⁾.

(48) Esto ocurrió, por ejemplo, en relación con los procesos de extradición, que fueron concebidos por la Corte Suprema como actuaciones de naturaleza administrativa –y, por ende, como procedimientos a ser adelantados en su totalidad por el Ejecutivo–, mientras que el Consejo de Estado consideraba que tenían un componente judicial que hacía necesaria la opinión previa de la Corte Suprema (después de que se declaró la inconstitucionalidad del Tratado de Extradición entre Colombia y Estados Unidos, y de que fuera asesinado el candidato presidencial Luis Carlos Galán, el presidente Virgilio Barco expidió un decreto de estado de sitio autorizando la extradición por vía administrativa. Ver, a este respecto Virgilio Barco, *Una nueva concepción del orden público*, Presidencia de la República, Bogotá, 1990). En el mismo sentido, la posibilidad de celebrar un referendo para modificar la Constitución fue aceptada por la Corte Suprema en varias decisiones, pero rechazada por el Consejo de Estado en la *ratio decidendi* de una providencia que frenó las etapas iniciales de un tal referendo en 1988 (en 1988, el Consejo de Estado declaró la inconstitucionalidad de un acuerdo político firmado por el presidente Barco y el líder de la oposición Misael Pastrana, en el que los pasos para convocar un referendo para modificar la Constitución fueron delineados. Para mayores detalles sobre la forma en que esta decisión contribuyó a crear el contexto en el que se convocó a la Asamblea Constituyente de 1991, se puede consultar Cepeda Espinosa, *Introducción a la Constitución de 1991*, cit.).

(49) La aproximación formalista de la Corte hacia la protección y la interpretación de los derechos humanos dio pie a decisiones tales como la providencia de 1978 (Sent. del 9 de marzo/1978, M.P. Guillermo González Charry en la que se declaró la constitucionalidad de un decreto legislativo de estado de sitio en virtud del cual todo acto delictivo cometido por miembros de la fuerza pública estaría justificado, si se cometía en el curso de operaciones previamente planeadas contra el secuestro y las actividades relacionadas con el tráfico de drogas. Varios magistrados expresaron en su salvamento de voto su preocupación sobre el hecho de que esta disposición exonerante, vaga y abierta, equivalía a una autorización de la imposición de la pena de muerte *de facto* por los miembros de las Fuerzas Armadas.

(50) El sistema de control constitucional que operaba antes de 1991 puede también ser evaluado desde una perspectiva distinta. A pesar de la profunda y acelerada transformación del derecho constitucional en Estados Unidos y varias democracias europeas durante la segunda mitad del siglo XX, la jurisprudencia constitucional colombiana pareció quedarse atrás, ignorando los avances obtenidos en otros países. Los grandes temas del derecho constitucional de postguerra no inspiraron la reflexión judicial –ni la académica en torno a la Constitución de 1886;

Al final, estas desventajas demostraron que el sistema colombiano de control constitucional requería serios ajustes, y muy pocas voces asumieron la defensa del esquema tal y como estaba formulado⁵¹. Los líderes de los dos principales partidos políticos, así como las figuras más sobresalientes de sus facciones internas, consideraban que dicho sistema se había salido de su cauce. Los sectores progresistas, tales como las ONGs de derechos humanos y los movimientos obreros, consideraban que la Corte Suprema había sido demasiado permisiva hacia los abusos de los poderes

(Cont. nota 50)

entre la amplia gama de silencios y omisiones elocuentes que podrían citarse, son especialmente notorios los que se refieren a la interpretación de los derechos, en particular el principio de igualdad, la libertad de expresión y la intimidad. Ello puede deberse en parte al hecho de que bajo la anterior Constitución, la cercana cooperación existente entre las tres ramas del poder público probablemente inhibió el desarrollo de líneas jurisprudenciales fuertes en este campo. Pero dos factores adicionales pueden ser mencionados:

1) El primero se refiere al contexto latinoamericano. El impacto de la oposición entre capitalismo y comunismo en el subcontinente, esto es, la Guerra Fría y las doctrinas y políticas que la siguieron en el hemisferio occidental, generaron como resultado una falsa representación y una subvaloración generalizadas del tema de los derechos humanos, que eran ubicados hacia el lado izquierdo del espectro ideológico. El conflicto armado acentuó este efecto nocivo de la Guerra Fría en Colombia, aunque el país no sucumbió a las opciones autoritarias de corte militar, como lo hicieron varios países vecinos. Con la Asamblea Constituyente, los derechos se convirtieron en un asunto de consenso nacional, y su protección efectiva en una cuestión de interés general, no ideológico.

2) El segundo se refiere a la influencia prevaleciente de la escuela jurídica francesa. Aunque no cabe duda de que la cultura jurídica francesa ha inspirado varias instituciones clave y algunas evoluciones importantes dentro del orden jurídico colombiano, el derecho constitucional francés perdió su preeminencia global luego de la década de los sesenta. El derecho constitucional francés fue sustituido en varias áreas cruciales, primero por el derecho constitucional italiano y alemán, y luego por el derecho constitucional español, luego de la caída de Franco y de la instalación del Tribunal Constitucional. Aunque algunos constitucionalistas franceses –tales como Louis Favoreu y Olivier Duhamel, entre otros– se dieron cuenta de lo que estaba sucediendo y promovieron un progreso radical, no eran tan bien conocidos en Colombia como sus colegas del derecho administrativo, por lo cual su influencia sólo empezó a sentirse después de 1991. Puede consultarse, en este sentido, Manuel José Cepeda, *Derecho constitucional jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2001.

(51) Los miembros de la Corte Suprema, por supuesto, se opusieron, pero con base en argumentos centrados en el desempeño pasado de la institución como guardiana de la aagonizante Constitución de 1886.

gubernamentales bajo el estado de sitio, mientras que la ciudadanía permanecía indiferente a los debates técnicos sobre asuntos constitucionales, que resultaban marcadamente irrelevantes para su vida ordinaria.

Sin embargo, las razones más poderosas que llevaron a la Asamblea Constituyente a optar por la creación de un tribunal constitucional independiente y especializado, no se relacionaban tanto con las controversias del pasado, como con las necesidades y esperanzas del futuro, especialmente la de asegurar que la nueva Constitución fuera desarrollada por una Corte nacida dentro del mismo espíritu que inspiró a los constituyentes de 1991.

La propuesta de crear una Corte Constitucional fue, curiosamente, sólo incluida en el proyecto de Constitución presentado a la Asamblea por el gobierno del Presidente Gaviria⁽⁵²⁾. El Presidente apoyaba activamente su creación, (i) por consideraciones prácticas –es decir, la incapacidad material de la Corte Suprema de soportar el aumento previsible en sus funciones como juez constitucional, ya que ahora estaría a cargo de revisar todas las decisiones judiciales que protegieran los derechos fundamentales mediante el novedoso mecanismo de la acción de tutela–, y (ii) ante la necesidad de encomendar a una nueva Corte la misión de preservar el espíritu innovador que inspiraba la nueva Constitución de tal forma que pudiera desarrollar gradualmente los contenidos específicos de la Constitución hasta su máximo alcance, con base en el origen ampliamente democrático e inclusivo de la Carta Política, y dentro del espíritu de pluralismo, participación, igualdad y respeto por la dignidad humana que la había inspirado: orientar con autoridad la interpretación, por los jueces de inferior jerarquía, de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales; y adoptar decisiones legítimas y definitivas para resolver

(52) También existieron serios desacuerdos al interior del Gobierno del Presidente Gaviria sobre si el proyecto que se iba a presentar a la Asamblea Constituyente debía incluir la propuesta de crear una Corte Constitucional, o si era preferible mantener los poderes de control constitucional en manos de la Corte Suprema de Justicia. Esta divergencia –que de hecho constituyó la discrepancia interna más intensa dentro del Gobierno– fue finalmente resuelta por el Presidente Gaviria a favor de la creación de una Corte Constitucional, en contra de la posición apoyada, entre otros, por su Ministro de Justicia, un exmagistrado de la Corte Suprema.

disputas de alta trascendencia política sobre el contenido y el alcance de la nueva Constitución. Aunque esta propuesta se encontró con la oposición de algunos sectores conservadores, eventualmente fue aceptada por un corto margen, y así se creó el nuevo tribunal constitucional⁽⁵³⁾.

Un discurso contundente, oportuno y persuasivo por el Presidente Gaviria a los delegados, en el cual los llamó a redefinir el sistema de control constitucional al que iban a confiar la preservación de su principal crea-

(53) Para una comparación entre ciertas votaciones fáciles y otras difíciles en la Asamblea Constituyente, se puede consultar: Manuel José Cepeda Espinosa, *La Asamblea Constituyente por dentro: mitos y realidades*, Bogotá, Presidencia de la República, 1993. La idea de crear una Corte encargada de la delicada y crítica función de salvaguardar la integridad y supremacía de la Constitución ya había sido propuesta en varias oportunidades a lo largo de las cuatro décadas precedentes (entre las propuestas –fallidas– más notorias para crear un tribunal constitucional independiente, se pueden incluir: (i) la que lanzó el senador y jurista Carlos Restrepo Piedrahita durante el proceso de reforma constitucional de 1968, que no obstante dio pie a la creación de una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia (la cual, hasta entonces, había cumplido sus funciones de control constitucional a través de la Sala Plena, sin que ninguna sala especializada estuviera a cargo de proyectar las decisiones); (ii) la que se había incluido en la propuesta de reforma constitucional abanderada por el presidente Alfonso López Michelsen y aprobada por el Congreso en 1976; y (iii) la que se había incluido inicialmente en el proceso de reforma constitucional iniciado por el presidente Julio César Turbay Ayala en 1979, la cual fue rechazada por el Congreso durante la segunda vuelta de los debates correspondientes. Otras figuras políticas notorias habían lanzado propuestas similares (como hizo el candidato presidencial Álvaro Gómez Hurtado en la década de los setenta, y el designado a la Presidencia Darío Echandía en los años cincuenta); sus defensores la habían promovido con argumentos que iban desde la prevención de un “gobierno de los jueces”, hasta la designación de expertos en derecho público para llevar a cabo el control constitucional. Sin embargo, desde los años cincuenta estas propuestas habían sido presentadas simplemente como soluciones a determinados excesos o deficiencias específicos en el trabajo de la Corte Suprema, y eran ideas meramente ocasionales que no generaban mayor controversia pública, y rápidamente se desvanecían. A pesar de estos antecedentes, ninguno de los partidos y movimientos políticos representados en la Asamblea Constituyente presentó la propuesta de establecer un tribunal constitucional –excepto el Gobierno del Presidente Gaviria–. El Ministro de Gobierno de ese momento, Humberto de La Calle Lombana, también jugó un rol crucial en la defensa de la propuesta. Los debates relevantes pueden seguirse en la publicación oficial de la Asamblea Constituyente: *Gaceta Constitucional*, n° 36 (pp. 7, 26), 56 (p. 5), 64 (p. 11), 72 (p. 9), 74 (p. 3), 75 (p. 16), 81 (p. 16), 82 (p. 2), 84 (p. 7), 85 (pp. 12, 14), 91 (p. 4), 95 (p. 2), 102 (p. 2), 109 (p. 31), 113 (p. 17), 115 (p. 19), 124 (pp. 3, 12), 127 (p. 32), 135 (p. 7), 137 (p. 4), 141 (p. 10), y 143 (pp. 7, 8).

ción, contribuyó a construir las mayorías indispensables para efectuar este profundo cambio⁽⁵⁴⁾. Ello, junto con una negociación considerable, llevó a la aprobación final de su creación –por voto secreto, con 44 delegados a favor, 26 en contra, y un voto públicamente negativo⁽⁵⁵⁾.

La Corte Constitucional debe estar compuesta por un número impar de magistrados, número que habrá de determinar la ley⁽⁵⁶⁾. Actualmente está integrada por nueve magistrados⁽⁵⁷⁾. El sistema de nombramiento de sus miembros es radicalmente distinto al método preexistente de elección de magistrados, que fue modificado para aumentar la representatividad de la Corte y fortalecer su legitimidad. El sistema de cooptación y el requisito de paridad política fueron abolidos por su incompatibilidad con el espíritu pluralista y abierto de la nueva Constitución; los integrantes de la Corte no deben ser expertos en derecho público (deben tener diferentes especialidades jurídicas), y ahora son elegidos por el Senado de la República (la cámara del Congreso elegida popularmente por circunscripción nacional),

(54) “Tarde o temprano habrá que responder las siguientes preguntas: ¿En manos de quién va a quedar la inmensa responsabilidad de interpretar y desarrollar por vía jurisprudencial la nueva Constitución? ¿A quién le van ustedes a confiar la tarea de impulsar en las próximas décadas las innovaciones constitucionales que surgirán del seno de esta asamblea? ¿Quién será el guardián de que esta Constitución nueva perdure y que la adapte a la realidad dinámica de Colombia? Y sobre todo, ¿qué organismo tendrá a cargo la misión de impedir que cualquier autoridad poderosa mediante leyes, decretos, resoluciones, órdenes u otros actos o hechos administrativos detenga esta transformación que ustedes impulsan? [...] Pensemos en el futuro. La nueva Constitución requiere, para su cabal aplicación, un nuevo sistema de control constitucional” (en Cepeda Espinosa, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, cit., p. 341).

(55) Antonio Navarro Wolff, el líder del M-19 y co-presidente de la Asamblea Constituyente, emitió públicamente su voto negativo por las razones simbólicas atinentes a que en 1985 el M-19, siendo grupo guerrillero, se tomó por asalto el Palacio de Justicia. Con posterioridad, ha apoyado activamente la existencia y el rol de la Corte Constitucional.

(56) El número de magistrados, su sistema de elección y su período se encuentran regidos por los artículos 239 y 240 de la Constitución.

(57) La primera Corte de transición (1992-1993) tenía siete magistrados, nombrados para un período de un año como sigue: dos por el Presidente de la República, uno por la Corte Suprema de Justicia, uno por el Consejo de Estado, uno por el Procurador General de la Nación, y dos por estos cinco magistrados, de entre listas de tres candidatos elaboradas por el Presidente de la República (art. Trans. 22 C.P.).

entre listas de tres candidatos elaboradas por la Corte Suprema, el Consejo de Estado y el Presidente de la República, cada uno de los cuales elabora y presenta tres ternas. Dado que el Senado es elegido popularmente, los magistrados resultan nombrados por votación popular indirecta. Deben cumplir un período no renovable de ocho años, con una alta independencia de las ramas legislativa y ejecutiva del poder público⁽⁵⁸⁾, cuyos miembros tienen períodos de cuatro años.

1.1.3.2. *Un nuevo sistema de control constitucional para una nueva Constitución. La importancia de la acción de tutela para el goce efectivo de los derechos fundamentales*

Además de la creación de la Corte Constitucional⁽⁵⁹⁾, encargada de preservar la integridad y la supremacía de la Constitución, la Asamblea

(58) La independencia de la Corte Constitucional es garantizada adicionalmente por varias disposiciones constitucionales específicas. Primero, un principio general de independencia que obedece a una tradición de cincuenta años. Segundo, la autonomía financiera, ya que su presupuesto es presentado e implementado por otro organismo judicial (el Consejo Superior de la Judicatura). Tercero, los magistrados no pueden ser nombrados por el Ejecutivo para ningún cargo gubernamental, sino hasta un año después de su retiro de la Corte. Cuarto, la remuneración de los magistrados debe aumentar al mismo ritmo que el promedio de los incrementos anuales de todos los servidores públicos. Quinto, los magistrados no pueden aceptar nombramientos para cargos, recompensas ni honores por parte de gobiernos extranjeros u organizaciones internacionales, ni pueden celebrar contratos con ellos sin autorización previa (art. 129 C.P.). Sexto, a los magistrados les está prohibido celebrar contratos *ex parte*. Séptimo, la Corte Constitucional adopta sus propias reglas de procedimiento interno. Octavo, los magistrados no pueden ser destituidos ni suspendidos de sus cargos, a menos que tales medidas sean adoptadas luego de un juicio político por el Congreso de la República —una vez el Senado acepte una acusación formal por la Cámara de Representantes en pleno—.

(59) Una serie de mecanismos e instituciones innovadores fueron introducidos con miras a garantizar que la nueva Constitución, en particular su generosa Carta de Derechos, trascendiera el ámbito de las palabras para permear directamente la realidad social. Este sistema de aplicación de la Constitución habría de estar compuesto de nuevos organismos, nuevos procedimientos y nuevos criterios para orientar la interpretación constitucional: (i) se crearon nuevas entidades públicas, con las misiones específicas de salvaguardar la integridad y supremacía de la Carta Política —la Corte Constitucional (Tít. VIII, Cap. 4 C.P.)—, o promover y proteger los derechos fundamentales —tales como la Defensoría del Pueblo (Arts. 281-283 C.P.)—; (ii) se introdujeron nuevos procedimientos para proteger distin-

Constituyente de 1991 introdujo otros cambios al sistema preexistente de control constitucional, para corregir sus disfuncionalidades y adaptarlo a la nueva Carta y los retos que planteaba. Estos ajustes pueden agruparse en cuatro categorías amplias: (i) una expansión del sistema de control constitucional en casos concretos a través de la acción de tutela; (ii) una extensión del sistema de control constitucional de oficio hacia nuevos tipos de normas, y una definición más precisa de los tipos de actos y decisiones sujetos al examen de la Corte⁽⁶⁰⁾; (iii) una ampliación general del campo de aplicación de la acción pública de inconstitucionalidad; y (iv) la

(Cont. nota 59)

tos tipos de derechos e intereses amparados por la Constitución, incluyendo aquellos diseñados para proteger derechos fundamentales —acción de tutela (art. 86 C.P.)—, para ordenar a las autoridades administrativas que cumplan con sus cometidos propios en situaciones específicas —acción de cumplimiento (art. 87 C.P.)—, para proteger derechos colectivos —acción popular (art. 88 C. P.)—, y para garantizar los derechos de grupos sociales específicos —acción de grupo (Id)—; adicionalmente, la Constitución dejó abierta la puerta para que el Congreso creara cualquier otro mecanismo o procedimiento que considerara apropiado para resguardar los derechos constitucionalmente protegidos (art. 89C. P.); y (iii) nuevos criterios para orientar la interpretación de la Constitución, que no fueron adoptados inicialmente por la Asamblea Constituyente (la propuesta de nueva Constitución presentada por el Presidente Gaviria a la Asamblea Constituyente incluía algunos de esos criterios. En este sentido, se puede consultar: *Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política*, Presidencia de la República, Bogotá, 1991. Sin embargo, dos criterios sugeridos por el Gobierno sí fueron incluidos expresamente en la Constitución: la aplicación directa e inmediata de ciertos derechos (aunque la lista finalmente adoptada por la Asamblea es incompleta y antitécnica — ver art. 85 C.P.), y la proporcionalidad en el marco de los estados de excepción (art. 214. C.P.) (y por ende no fueron incluidos en el texto constitucional), pero que han sido desarrollados y aplicados por la Corte Constitucional, incluyendo los criterios de proporcionalidad, razonabilidad, protección del “núcleo esencial” de los derechos fundamentales, aplicación directa de derechos constitucionales incluso en ausencia de regulaciones legales que los desarrollen, y referencia obligatoria a los tratados internacionales en relación con la interpretación de los derechos fundamentales (este último criterio sí fue incluido en el art. 93 C.P.).

(60) Bajo la Constitución de 1886, este procedimiento de revisión estaba restringido a los decretos expedidos bajo estados de sitio o de emergencia económica, y se llevaba a cabo después de su promulgación. Hoy en día, además de (i) los decretos adoptados bajo cualquiera de los “estados de excepción”, la Corte Constitucional debe llevar a cabo un control automático de los siguientes tipos de normas: (ii) todas las leyes que aprueban tratados internacionales, así como los tratados en sí mismos, que después de ser aprobados por el Congreso son revisados por la Corte antes de que el Ejecutivo pueda ratificarlos; (iii) las leyes estatu-

adopción de medios para contextualizar el control constitucional abstracto de las leyes⁽⁶¹⁾.

De estas innovaciones cabe resaltar la creación de la acción de tutela. El control constitucional en casos individuales y específicos, o “control constitucional concreto”, fue expandido sustancialmente en 1991 con la creación de esta acción⁽⁶²⁾, mecanismo judicial para la protección rápida de derechos fundamentales⁽⁶³⁾ que ha tenido gran impacto y ha sido calificado como herramienta de paz.

(Cont. nota 60)

tarias –esto es, las leyes que regulan ciertos temas específicos enumerados en la Constitución, tales como los derechos fundamentales, los mecanismos de participación, los estados de excepción, la Administración de Justicia y otros temas importantes, que se consideran mejor protegidos dado el procedimiento especial de formación de las leyes estatutarias, las cuales son revisadas por la Corte antes de que el Presidente las sancione–; (iv) las leyes que convocan a una asamblea constituyente o a un referendo para modificar la Constitución, que sólo pueden ser revisadas en cuanto a su validez procedimental; (v) los referendos celebrados para aprobar o derogar leyes, así como otros mecanismos de participación democrática, tales como las consultas populares nacionales o los plebiscitos nacionales (estos últimos sólo en relación con su validez formal).

(61) La Corte tiene amplio acceso a cualquier fuente de información especializada que pueda contribuir a la adopción de sus decisiones, incluida la posibilidad de solicitar opiniones expertas a individuos, universidades u organizaciones –una alternativa ampliamente utilizada cuando se requieren datos técnicos o valoraciones profesionales–. La Corte también puede tener en cuenta la opinión de los ministros del Gabinete, a quienes se notifica toda acción pública de inconstitucionalidad, y convocar audiencias públicas para enriquecer sus decisiones con información sobre el contexto socio-político del tema a decidir. La introducción de medios para estimular la participación de expertos, organizaciones sociales y funcionarios públicos en el proceso de control constitucional también buscaba traer a la atención de la Corte los hechos y las percepciones conflictivas de la realidad social, para así ayudarle al tribunal a cumplir con su función de evaluar la constitucionalidad de las normas en el contexto real del país.

(62) Artículo 86 de la Constitución.

(63) El control constitucional concreto también fue ampliado a través de la creación de otros tres tipos de acciones judiciales diseñadas para proteger tipos específicos de derechos o intereses: la acción de cumplimiento (creada para exigir a los funcionarios públicos administrativos el cumplimiento de sus deberes legales en casos particulares), la acción popular (creada para proteger derechos e intereses colectivos tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural), y la acción colectiva o de grupo (similar a las “acciones de clase” –*class action*– de los sistemas de derecho consuetudinario o *common law*). Sin embargo, los principa-

La acción de tutela permite a cualquier persona cuyos derechos fundamentales sean amenazados o violados solicitar a cualquier juez con jurisdicción territorial, sin formalidades de ningún tipo, que proteja sus derechos, y preserve así la integridad de la Constitución en esa situación particular. Los ciudadanos pueden presentar peticiones respetuosas en este sentido, sin necesidad de contratar un abogado, ante cualquier juez individual del país, el cual quedará legalmente obligado a resolver este tipo de peticiones en forma prioritaria frente a cualquier otro asunto que se tramite ante su despacho. Los jueces tienen un término estricto de diez días para adoptar una decisión y, cuando sea apropiado, emitir una orden que debe ser cumplida en forma inmediata y obligatoria por su(s) destinatario(s). Es digno de mención el hecho de que el proceso de tutela faculta a los jueces para ordenar la adopción de cualquier medida que sea necesaria para proteger los derechos fundamentales amenazados, incluso antes de proferir una sentencia definitiva, de conformidad con las necesidades de cada situación concreta. Adicionalmente, cualquier decisión de tutela puede ser revisada por la Corte Constitucional, que seleccionará aquellas que considere necesario corregir, o que sean pertinentes para el desarrollo de su propia jurisprudencia, y proferirá el fallo correspondiente. Salvo las decisiones en las que la Corte busca unificar su doctrina sobre un tema específico, que se conocen como “SU” (sentencias de unificación) y son adoptadas por la Sala Plena, las sentencias son proferidas por salas de revisión compuestas de tres magistrados cada una, en orden alfabético: hay nueve salas de revisión, cada una de las cuales es presidida por uno de los nueve magistrados⁽⁶⁴⁾.

El acceso de los ciudadanos al sistema de control constitucional también es fácil para pedir el control abstracto de normas. La acción pública de inconstitucionalidad preexistente no solo se mantuvo sino que su alcan-

(Cont. nota 63)

les pronunciamientos de la Corte en relación con el control constitucional concreto han sido adoptados en relación con el primero de estos mecanismos, la acción de tutela.

(64) El Decreto Legislativo 2591 de 1991 regula la acción de tutela. El Decreto Legislativo 2067 de 1991 regula el procedimiento para el control constitucional abstracto de las leyes. La Ley Estatutaria 270 de 1996 regula la organización y el funcionamiento de la Administración de Justicia, e introdujo algunas reformas a los decretos citados.

ce fue ampliado significativamente en 1991. La acción pública de inconstitucionalidad puede ser ejercida por cualquier ciudadano —con pocas formalidades, sin tener que actuar por medio de un apoderado, y sin el deber de demostrar un interés jurídico específico en el tema objeto de la demanda— contra las leyes, las reformas constitucionales (en relación con su validez procedimental) y los decretos expedidos por el Gobierno en ejercicio de poderes legislativos delegados. Las leyes anteriores a 1991 que aprueban tratados internacionales también pueden ser demandadas por esta vía⁽⁶⁵⁾, pero no las leyes expedidas con el mismo fin después de 1991 (éstas se someten a control automático por la Corte desde antes de su promulgación).

Colombia tiene el sistema de control constitucional más abierto y de más fácil acceso que existe en Occidente. En resumen, según el artículo 241 de la Constitución, existen cuatro mecanismos de acceso a la Corte: (i) la acción pública de inconstitucionalidad, abierta a todo ciudadano, que puede dirigirse en contra de cualquier ley, reforma constitucional, o decreto expedido por el Presidente de la República en ejercicio de funciones legislativas delegadas⁽⁶⁶⁾; (ii) el control oficioso de cierto tipo de disposiciones, principalmente de los decretos presidenciales expedidos bajo los estados de excepción —o declarándolos— las leyes que convocan a un referendo constitucional o a una asamblea constituyente, las leyes que aprueban los tratados internacionales y las leyes estatutarias; (iii) la revisión de los proyectos de ley en calidad de árbitro, cuando quiera que el Congreso rechaza las objeciones presidenciales formuladas contra tales proyectos por motivos de inconstitucionalidad, y (iv) la revisión discrecional de cualquier sentencia de tutela proferida por cualquier juez del país. Los primeros tres mecanismos activan el sistema de control constitucional abstracto; el cuarto activa el mecanismo de control constitucional en casos concretos en los cuales se alegue que cualquier autoridad pública, así como los particulares

(65) Sentencia C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero (salvamentos de voto por los magistrados Vladimiro Naranjo Mesa, Hernando Herrera Vergara y José Gregorio Hernández Galindo).

(66) La Corte también puede revisar los referendos legislativos, las consultas populares y los plebiscitos, estos últimos únicamente en relación con su validez formal. Pero hay debate en torno a si estos deben ser revisados en forma oficiosa, o sólo cuando se ha presentado una demanda de inconstitucionalidad en su contra (art. 241-3 C.P.).

en situación especial de poder, amenazaron o violaron un derecho fundamental, concepto interpretado en sentido amplio por la Corte Constitucional para proteger algunos derechos sociales y colectivos.

No debe causar sorpresa, entonces, que la Corte haya adoptado miles de decisiones en las que se ha pronunciado sobre la mayor parte de los aspectos de la diversa y compleja realidad colombiana. Para efectos de apreciar la magnitud y la influencia de su trabajo, es pertinente (i) efectuar una breve presentación de algunos aspectos cuantitativos de su desempeño durante la última década, y (ii) recordar sus decisiones más polémicas. Previamente, se hará lo mismo con la actividad y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1991.

1.2. La efectividad del principio de sometimiento a la Constitución: la contribución del poder judicial a la estabilidad de las instituciones democráticas colombianas

Si bien la Constitución de 1991 ha sido tomada muy en serio por el juez constitucional, la Constitución de 1886 distó mucho de ser una Constitución de papel.

1.2.1. *Cien años de ejercicio del poder de control constitucional: un panorama global de la actividad de la Corte Suprema de Justicia*

Es cierto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1991 fue demasiado deferente frente al poder presidencial, poco sensible al desarrollo de los derechos constitucionales y se quedó rezagada, tanto respecto de la evolución del derecho constitucional en Occidente durante la segunda postguerra como ante las expectativas de numerosos grupos sociales que dejaron de ver en la Constitución una garantía de que sus peticiones serían escuchadas. También es verdad que estas falencias que se acumularon a lo largo de un siglo, pudieron ser superadas en tan solo una década por la Corte Constitucional.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia cumplió una tarea meritoria durante cien años, la cual no ha sido adecuadamente valorada. A continuación se resume en varios cuadros y en algunos comentarios lo que fue la actividad global de la Corte Suprema como juez constitucional.

1.2.1.1. Una visión cuantitativa

Empecemos por las estadísticas. Entre 1886 y 1991 la Corte Suprema profirió 2.496 sentencias como juez constitucional, sin contar los fallos de simple cosa juzgada (ver cuadro 3).

Durante los 104 años en que ejerció efectivamente el poder de revisar la constitucionalidad de normas, la Corte profirió 24 sentencias por año en promedio. Su carga de trabajo creció en las últimas décadas en que ejerció dicho poder. En los 16 años comprendidos entre la terminación formal del Frente Nacional y la expedición de la Constitución de 1991 (1975-1991), la Corte Suprema profirió cerca de 94 sentencias por año. Desde que se inició el período de "La Violencia" hasta 1991, profirió 2.085 sentencias, es decir, un promedio de 48 sentencias por año. Lo anterior significa que tan solo el 16% de las sentencias de la Corte Suprema (411 fallos) como juez constitucional fueron proferidas entre 1887 y 1948. O sea, cerca de 7 sentencias por año en promedio (ver cuadro 4).

Los actos sometidos con mayor frecuencia a control de la Corte Suprema de Justicia fueron los decretos legislativos dictados al amparo de los estados de excepción y de las leyes de facultades extraordinarias. 1.489 sentencias versan sobre este tipo de decretos, es decir, el 60%. A pesar de que los decretos legislativos generalmente representan limitación de derechos o ejercicio presidencial de competencias usualmente asignadas al Congreso de la República, solo en el 25% de las sentencias hubo un pronunciamiento de inconstitucionalidad. El 60% de las sentencias sobre este tipo de decretos encontraron las normas ajustadas a la Constitución. Donde la Corte fue menos deferente, fue en el control de los proyectos de ley objetados por el Presidente por razones de inconstitucionalidad. Aunque fueron relativamente pocas las sentencias en estos casos (79), en el 71% de los fallos se declaró alguna inexequibilidad (ver cuadro 3).

Cabe subrayar que las sentencias de inconstitucionalidad, vistas en conjunto, representan una proporción elevada del total de fallos. Esto indica que la Corte Suprema de Justicia en muchos casos tomó posiciones independientes frente a los poderes públicos y a las fuerzas políticas predominantes. Del total de sentencias, un poco más de la cuarta parte fueron de inexequibilidad. No es despreciable que más de la mitad de ellas hayan

recaído sobre decretos legislativos. Por otra parte, a lo largo del siglo, en 187 sentencias se declaró inconstitucional, en todo o en parte, la norma de la ley acusada por algún ciudadano. De tal manera que la quinta parte de las acciones públicas de inconstitucional condujeron a un fallo favorable a lo pedido por los ciudadanos (ver cuadro 3).

Resulta interesante observar la distribución de los fallos de inconstitucionalidad a lo largo del siglo. Para ello las sentencias han sido agrupadas por periodos, tomando como límites los momentos clave del desarrollo constitucional. También se separa expresamente el periodo de "La Violencia" (1948-1953). El cuadro 4 muestra que hubo periodos durante los cuales las decisiones de inconstitucionalidad representaron una proporción mayor que el promedio del 27% a lo largo del siglo. Vale la pena resaltar un dato sorprendente: entre 1886 y 1910, el 71% de las sentencias fueron de inconstitucionalidad. Ello muestra que desde sus inicios a finales del siglo XIX, el principio de sometimiento a la Constitución fue aplicado de manera efectiva por la Corte Suprema. Posteriormente se aludirá a los casos en que ello sucedió y se indicarán las controversias sobre las cuales no pudo pronunciarse en razón a que durante dicho periodo sólo estaba previsto el control previo de los proyectos de ley. También cabe anotar que en todos los periodos anteriores a "La Violencia" el porcentaje de decisiones de inconstitucionalidad supera el promedio del siglo. No debe sorprender que durante la dictadura (1954-1957) se registra el porcentaje más bajo de decisiones de inconstitucionalidad. Pero sí es inusual que durante un gobierno militar el juez constitucional haya continuado ejerciendo sus atribuciones (profirió 53 sentencias) y hayan sido invalidadas normas. Durante este periodo 37 decisiones controlaron decretos legislativos (el 60% del total de decisiones), y 5 de ellas fueron pronunciamientos de inconstitucionalidad (el 83% del total de decisiones de inconstitucionalidad). No obstante, tan solo en una de estas decisiones fue declarado inconstitucional un artículo contenido en un decreto dictado durante el gobierno militar⁽⁶⁷⁾. Las demás sentencias de inconstitucionalidad versaron sobre le-

(67) Sentencia del 21 de marzo de 1955, *Gaceta Judicial*, LXXXIV, p. 27. Se trataba del artículo 4º del Decreto 251 de 1954. La Corte consideró que era inconstitucional modificar los requisitos para acceder a una asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública en perjuicio de los derechos adquiridos.

yes y decretos anteriores a 1954, lo cual no le resta importancia a algunas de ellas como la referente al cociente electoral y al llamado "arrastre"⁽⁶⁸⁾.

Durante "La Violencia" el número de sentencias (39) fue especialmente bajo. No obstante, lo más significativo desde el punto de vista de la continuidad del ejercicio del poder judicial aun en las situaciones más críticas, es que a lo largo de dicho periodo la Corte Suprema funcionó, declaró inconstitucionales cuatro normas legales vigentes y cuatro proyectos de ley. Como ya se dijo, la Corte Suprema no se pronunció sobre decretos legislativos abiertamente inconstitucionales como el que suspendió las sesiones del Congreso, de las asambleas departamentales y los concejos municipales. Durante ese periodo ninguno de los 10 fallos relativos a decretos legislativos dictados por el Presidente concluyó en un pronunciamiento de inconstitucionalidad⁽⁶⁹⁾.

Del cuadro 4 es importante, finalmente, resaltar que a partir de la introducción de la acción pública de inconstitucionalidad la carga de trabajo de la Corte Suprema de Justicia aumentó considerablemente. Profirió 247 sentencias entre 1911 y 1936, es decir, un promedio de 10 sentencias por año, lo cual contrasta con el promedio de los años anteriores a 1910 (menos de 1 por año).

En el cuadro 5 se puede apreciar en números absolutos la evolución, año a año, de las sentencias de inconstitucionalidad. Aunque se ve una tendencia al incremento en el número de inexecutableidades a partir de

(68) Una de estas sentencias fue especialmente importante. En 1955 la Corte Suprema declaró inconstitucionales las normas de la Ley 39 de 1946 (art. 1º, incs. 3 y 4) que establecían el sistema de acumulación de los votos de los residuos menores que no recibieron curul a las listas que hubieren alcanzado más votos siempre que pertenecieran al mismo partido. Sentencia del 14 de septiembre de 1955, *Gaceta Judicial*, tomo LXXXI, p. 596. En esa misma sentencia la Corte declaró exequible el método del cociente electoral.

(69) Dentro de los fallos de inconstitucionalidad cabe mencionar dos: el que invalidó una norma legal que hacía efectivos los aumentos en las dietas y en los viáticos de los congresistas en la misma legislatura en que fue votado (Sent. del 30 de noviembre de 1950 *Gaceta Judicial*, tomo LXVIII, p. 519); así como la sentencia en la cual se declaró inconstitucional una norma que facultaba al Presidente para nombrar los empleados de inmediata dependencia del Procurador General (Sent. del 15 de enero de 1953, *Gaceta Judicial*, tomo LXXIV, p. 3).

1970, en ningún año las sentencias de inconstitucionalidad llegaron a 45. El pico se presentó en 1983. A la luz de la tendencia en la época, sobresale un año en el cual hubo un aumento inusitado en las inexecutableidades: 1913, o sea, tres años después de la introducción de la acción pública de inconstitucionalidad.

Esta visión cuantitativa de la actividad de la Corte Suprema de Justicia, presentada con el fin de valorar en su cabal dimensión el ejercicio del poder judicial de revisar la constitucionalidad de las normas para defender la supremacía de la Constitución, es insuficiente. Por eso, se resaltarán a continuación algunos fallos, obviamente sin entrar en detalles y sin la pretensión de cubrir todos los más importantes, ni mucho menos de ser exhaustivos.

1.2.1.2. Una muestra de fallos especialmente significativos

Para exaltar los fallos especialmente significativos de un siglo de jurisprudencia constitucional, es pertinente tomar tres criterios. Estos se pueden resumir en las siguientes preguntas: a) ¿Cuándo fue la primera vez que la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional una norma y qué sucedió después de esta decisión?; b) Si se toma en cuenta la expansión del poder de la Corte, ¿cuáles fueron los hitos en el ejercicio de sus competencias?; y c) ¿Cuáles fueron las sentencias que suscitaron mayor polémica en perspectiva histórica?

— La primera sentencia de inconstitucionalidad y otros fallos sorprendentes (1887-1910)

La respuesta a la primera pregunta es particularmente ilustrativa de la adhesión de Colombia a la idea moderna del constitucionalismo. Tempranamente en nuestra tradición republicana la Corte Suprema de Justicia invalidó con efectos *erga omnes* una norma legal mediante el ejercicio de control previo sobre un proyecto de ley objetado por el Presidente. Se trata de una sentencia poco citada a pesar de ser un hito en la construcción del Estado constitucional. Así como en Estados Unidos la Corte Suprema declaró por primera vez inconstitucional una norma adoptada por el Congreso a principios del siglo XIX, en el famoso caso *Marbury v. Madison* (1803),

en Colombia esto sucedió a finales de dicho siglo, en 1887, en lo que podría denominarse el caso de la pensión de O'Levy⁽⁷⁰⁾.

El proyecto de ley objetado había sido expedido por el Consejo Nacional de Delegatarios, actuando ya no como cuerpo constituyente sino como órgano legislativo. En él se concedió a la viuda y a las hijas del sargento mayor Ricardo O'Levy una pensión mensual de cincuenta pesos a cargo del tesoro público. Dos días después de aprobado, el Ejecutivo objetó el proyecto de ley por inconstitucional. Prontamente el Consejo de Delegatarios declaró infundadas las objeciones y le devolvió el proyecto al Presidente para que se lo remitiera a la Corte Suprema de Justicia. A pesar de que el conflicto se planteó en febrero, sólo hasta finales de junio del mismo año el ministro del Tesoro envió el proyecto a la Corte para que ella se pronunciara sobre su constitucionalidad. La remisión se realizó por fuera del término establecido en la Ley 61 de 1886 para el efecto. En la audiencia convocada por la Corte, el miembro del Consejo de Delegatarios que representó al cuerpo legislativo trató de impedir que la Corte se pronunciara de fondo, seguramente temiendo que le diera la razón al Presidente. Sostuvo que al haber sido enviado extemporáneamente el proyecto de ley a la Corte, había “caducado la jurisdicción” de ésta para decidir. Los temores del delegatario no eran infundados. La Corte le dio la razón al Presidente de la República y declaró inconstitucional el proyecto porque la pensión concedida había violado la prohibición constitucional de que el Congreso decretara a favor de una persona pensiones que no estén destinadas a satisfacer derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente (art. 78, num. 5). La prohibición buscaba impedir el otorgamiento de pensiones llamadas “gratuitas”. La Corte concluyó que la pensión decretada para O'Levy no era remuneratoria a pesar de haber sido ascendido en los grados militares y “haber muerto de muerte natural estando en servicio de guarnición”, porque no había ley preexistente aplicable ni se ajustaba a las condiciones generales de las leyes sobre la materia.

En uno de los pasajes de la sentencia la Corte Suprema defiende vehementemente la vigencia del régimen constitucional e inclusive la integri-

(70) La sentencia lleva el nombre de acuerdo, como se usaba en la época para las decisiones del pleno en estas materias. Se trata del Acuerdo 45 adoptado el 6 de julio de 1887. *Gaceta Judicial*, tomo I, p. 235.

dad del poder legislativo frente al Ejecutivo. Sostuvo la Corte que de aceptarse el argumento del delegatario que le pedía que se declarara incompetente para conocer del proyecto, se violaría el principio según el cual “el ejercicio de la facultades inherentes a la soberanía nacional, en todos sus ramos y manifestaciones, no prescribe, sino tratándose de derecho penal”. Agregó que la demora del ministro del Tesoro “a lo más podrá aparejar responsabilidad a dicho funcionario, pero no embaraza las atribuciones de este Supremo Tribunal para dictar la resolución respectiva” sobre la validez del proyecto. Y en una frase relativa a la supremacía de la Constitución que los jueces debían defender dijo:

“Si la Corte se declarara sin jurisdicción en un caso como el presente, la ley acusada quedaría sin efecto (puesto que no había sido sancionada por el Presidente); pero también quedaría establecido *el más pernicioso antecedente en contra del régimen constitucional*, pudiéndose después anular el Poder Legislativo, con sólo retardar la presentación a la Corte de un proyecto objetado” (cursivas fuera de texto).

Uno de los siete magistrados salvó el voto⁽⁷¹⁾. En su lenguaje fuerte se trasluce su inquietud acerca de si después de este fallo el poder ejecutivo volvería a enviar, así fuere de manera extemporánea como en este caso, los proyectos de ley que hubiere objetado de inconstitucionalidad. Advirtió que el Presidente no volvería a exponerse a que la Corte Suprema de Justicia obrara como árbitro, ya que si no remitía el proyecto después de la insistencia del Congreso en todo caso éste nunca podría entrar en vigor por carecer de la sanción presidencial. Por eso concluyó, ante la actuación extemporánea del ministro, que “es preferible que este respetable Tribunal llame la atención pública sobre la violación de la ley por parte del Gobierno”⁽⁷²⁾, en lugar de haberse pronunciado de fondo.

En conclusión, en la primera oportunidad que se le presentó a la Corte Suprema de Justicia para obrar como juez constitucional, ésta profirió una

(71) Los siete magistrados eran R. Antonio Martínez (presidente), José María Samper (vicepresidente), Manuel J. Angarita, Francisco A. Fernández, Antonio Morales, Benjamín Noguera y Manuel A. Sanclemente. Actuaba como Secretario Ramón Guerra A.

(72) Salvamento de voto de Manuel J. Angarita.

sentencia de inconstitucionalidad, defendiendo la supremacía de la Constitución y el sometimiento del poder al derecho. El hecho de que se le hubiere dado la razón al Presidente no le resta trascendencia histórica a esta sentencia. Es más, como se ha resaltado hasta la saciedad en el célebre caso *Marbury v. Madison*, la Corte Suprema de Estados Unidos también llegó a un resultado favorable al más poderoso en la coyuntura política, lo cual ha sido exaltado como una jugada maestra para afirmar el poder judicial de interpretar la Constitución con autoridad frente todas las ramas del poder público, sin que este paso gigante despierte la furia del poder⁽⁷³⁾.

También se recuerda frecuentemente la prudencia con la cual la Corte Suprema de Norteamérica ejerció inicialmente esta facultad, puesto que pasaron cinco décadas antes de que volviera a declarar inconstitucional una ley en el caso *Dred Scott*, donde deplorablemente falló a favor de los esclavistas, lo cual contribuyó a desatar la Guerra de Secesión⁽⁷⁴⁾. No sucedió lo mismo en Colombia. Después de la primera inexecutable no hubo un prolongado silencio. Tan sólo doce años después, en 1898, cuando por segunda vez se le presentó la oportunidad de controlar la constitucionalidad de un proyecto objetado, la Corte Suprema de Justicia volvió a declarar inexecutable las normas⁽⁷⁵⁾.

El caso igualmente versó sobre una pensión. En este evento se trataba de un traspaso de la que disfrutaba un coronel, a su viuda. La objeción también se basó en la prohibición constitucional de que el Congreso decretara pensiones gratuitas. La Corte sostuvo que las pensiones y recompensas por servicios prestados a la República eran esencialmente personales y por lo mismo intrasmisibles, ya que son "una gracia que la Nación concede". Además, estimó que detrás del vocablo traspaso de pensión se escondía "la esencial legal de las cosas": "se ha tratado de crear una nueva pensión" a favor de la viuda. Nadie salvó el voto. Tampoco se extiende la Corte en reafirmar la supremacía de la Constitución. Ese mismo año se profieren otras dos sentencias, también de inexecutable e igualmente

(73) William E. Nelson, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, Kansas, University Press of Kansas, 2000.

(74) *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 307 (1857).

(75) Acuerdo 853 del 12 de diciembre de 1898, *Gaceta Judicial*, tomo XII, p. 377.

sobre la violación de la misma prohibición constitucional⁽⁷⁶⁾. En estas dos sentencias dos magistrados salvaron el voto puesto que estimaron que los familiares de los militares pensionados no estaban recibiendo una gracia, sino que como deudos tenían derecho a recibir la pensión de conformidad con las leyes expedidas sobre la materia en 1890⁽⁷⁷⁾.

Ante la frecuencia de inexecutable, es pertinente advertir que la primera sentencia en la cual se declaró executable el proyecto de ley controlado fue 1909. Se trataba también de una pensión, pero la Corte Suprema estimó que esta vez el caso era distinto. Después de explicar la jurisprudencia sobre el tema, concluyó que en este caso se había aplicado otra norma constitucional que permite rendir honores a personas ilustres. La dificultad del caso residió en que el homenajeado falleció antes de que el proyecto de ley hubiere sido votado y, por lo tanto, la pensión fue asignada a sus deudos. La Corte afirma que en materia de honores públicos la atribución del Congreso es "alta e ilimitada" y que todo honor "implica erogaciones del tesoro". Cabe preguntarse si la decisión de la Corte hubiere sido la misma si el homenajeado no hubiere sido Miguel Antonio Caro⁽⁷⁸⁾, ex presidente y principal inspirador de la Constitución de 1886.

No obstante, antes de ese año, en 1900, se declaró executable un decreto de carácter legislativo dictado por el Vicepresidente de la República, José Manuel Marroquín, encargado del poder ejecutivo en reemplazo del Presidente Manuel Antonio Sanclemente. Esta sentencia⁽⁷⁹⁾ tiene tres peculiaridades desde el punto de vista histórico. Primero, fue proferida en medio del conflicto entre estos dos personajes de la historia nacional, que reflejó una crisis debido tanto al enfrentamiento entre dos facciones del partido conservador como a la guerra partidista de los Mil Días. Segundo, la sentencia no recae sobre un proyecto de ley, que era el tipo de acto sobre el cual tenía competencia la Corte Suprema según la Constitución vigente, sino sobre un decreto presidencial que ya estaba en vigor y que tenía fuer-

(76) Acuerdos 584 y 585 del 12 de diciembre de 1898, *Gaceta Judicial*, tomo XII, pp. 378 y 379, respectivamente.

(77) Salvamento de voto de los magistrados Luis M. Isaza y Jesús Casas Rojas.

(78) Acuerdo 57 de 1909, *Gaceta Judicial* XVIII, p. 305. El fallo fue unánime.

(79) Acuerdo 865 del 21 de septiembre de 1900, que revisó el Decreto Legislativo 46 de 1900, tomo 14, p. 257.

za de ley. Ejerció entonces la Corte Suprema un control posterior, respecto de una norma que ya había ingresado al ordenamiento jurídico. Tercero, como no existía la acción pública de inconstitucionalidad, la Corte asumió de oficio el conocimiento de la constitucionalidad del decreto. La Corte argumentó que “para poder dar cumplimiento a este decreto, es preciso resolver antes sobre su exequibilidad”.

La guerra de los Mil Días había estallado el año anterior (17 de octubre de 1899). Para el periodo 1898-1904 había sido elegido Presidente Manuel Antonio Sanclemente, en representación de una de las facciones conservadoras (los nacionalistas), y Vicepresidente José Manuel Marroquín, en representación de la otra (los históricos). El Presidente tenía para entonces 85 años y su estado de salud hacía aconsejable que no gobernara desde Bogotá. Tardó en posesionarse y por eso el Vicepresidente ejerció el Poder Ejecutivo del 7 de agosto al 3 de noviembre. Cuando Sanclemente decidió posesionarse, por la insistencia de Miguel Antonio Caro, quienes apoyaban a Marroquín (los liberales unidos a los históricos) trataron de impedirlo. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia decidieron, “exponiéndose al peligro que amenazaba”⁽⁸⁰⁾, darle posesión para asegurar la estabilidad del poder legítimo y “el imperio de la Constitución”⁽⁸¹⁾. No obstante, ocho meses después, el 31 de julio de 1900, Sanclemente fue recluido con su familia en la morada desde la cual ejercía la Presidencia, en Villeta. Allí murió en 1902. Los militares insurrectos llamaron al Vicepresidente Marroquín a ejercer el poder ejecutivo, el cual aceptó, sin tomar posesión ante la Corte Suprema. Así el golpe de Estado en medio de la guerra quedó consumado. Marroquín dictó varios decretos legislativos de estado de sitio, entre ellos uno sobre términos judiciales en agosto en ese año. La Corte Suprema tenía que decidir si cumplía o no el decreto expedido por un Presidente encargado, que no se había posesionado ante ella y que había asumido el poder después de un golpe de cuartel, así hubiere sido elegido legítimamente Vicepresidente de la República.

En ese contexto, se profirió la primera sentencia sobre la validez de una norma legal en vigor y con alcances políticos claros en medio de un

(80) Salvamento de voto de Baltasar Botero Uribe.

(81) Ídem.

conflicto armado y una tormenta política. La Corte se dividió 4 contra 3. Si bien todos los magistrados estaban de acuerdo en que debían aplicar los términos judiciales previstos en el decreto de estado de sitio, un magistrado propuso que la cuestión previa a resolver era si el decreto era o no compatible con la Constitución. Con esta tesis lo que estaba en juego era si el Vicepresidente tenía competencia para dictar un decreto que solo el Presidente podía expedir. O sea, lo que optó decidir la Corte fue si Marroquín había asumido legítimamente la Presidencia o si, por el contrario, era un gobernante *de facto*.

La mayoría de la Corte decidió que Marroquín había asumido legítimamente la Presidencia porque Sanclemente había abandonado, sin licencia del Senado, el poder al ausentarse permanentemente de Bogotá para despachar desde Buga, Anapoima o Villeta. La Corte fundó su competencia para pronunciarse sobre esta explosiva cuestión en varios argumentos, de los cuales cabe destacar dos que son relevantes para apreciar cómo concibió su poder judicial: primero, que la Corte era la competente según el Código de Organización Judicial para llamar al que habría de remplazar al Presidente y, segundo, que las leyes oscuras han de “entenderse en el sentido más conforme con la Constitución”. Los tres magistrados que salvaron el voto sostuvieron que la Corte no tenía jurisdicción sobre la validez de normas legales vigentes, ni mucho menos para aprobar o improbar gobiernos. Incluso uno de ellos sostuvo que la ley supuestamente oscura sobre si el Presidente podía gobernar desde cualquier lugar de Cundinamarca era clara (L. 149/1888, art. 65) y representaba una interpretación constitucional del Congreso “a quien de derecho corresponde la facultad de interpretar la Constitución expresando el alcance y el genuino sentido de sus disposiciones”. Inclusive llegó a afirmar que dicha ley “se presume Constitucional y debe aplicarse aun cuando pareciera contraria a la misma Constitución”⁽⁸²⁾. Otro advirtió que la Corte era “incompetente para resolver la cuestión más política que jurídica”⁽⁸³⁾. Así, quienes abogaron por que la Corte fijara posición sobre el gobierno de Marroquín invocaron el poder judicial para interpretar la Constitución y resolver las dimensiones constitucionales de las cuestiones políticas. En cambio, quienes propusieron que

(82) Salvamento de voto de Carmelo Arango M.

(83) Salvamento de voto de Otoniel Navas.

la Corte no se entrometiera en una cuestión política ni tomara partido, invocaron la autoridad del Congreso para interpretar la Constitución y la primacía de la ley clara sobre la Constitución. Una paradoja.

Al margen de quién tenía la razón, lo relevante para mostrar la importancia de la Constitución para la vida política en Colombia es que unos y otros invocaron razones constitucionales, y que aun después de un golpe de Estado, en medio de una guerra civil, se buscó darle legitimidad constitucional a un gobierno *de facto*. Para eso, la Corte Suprema aplicó por primera vez la facultad oficiosa de verificar la compatibilidad de las normas que habría de aplicar con la Constitución. Lo anterior sin perjuicio de subrayar que en este caso los argumentos constitucionales obraron como escudo de posiciones políticas que se hacen explícitas, tanto en la aclaración de voto de un magistrado de la mayoría⁽⁸⁴⁾, como en los salvamentos individuales de voto de cada uno de los tres disidentes, uno de los cuales hizo público que dos colegas que antes estaban con su tesis, habían cambiado de opinión, “en materia de tanta gravedad”⁽⁸⁵⁾. Por eso, uno de los disidentes concluyó: “La Corte Suprema (...) no puede, aunque lo intente, convertir la razón política en razón jurídica, erigir el hecho en derecho”⁽⁸⁶⁾.

Eran tiempos difíciles para ejercer el control constitucional, máxime frente a leyes expedidas por el Congreso. Entonces, ninguna ley vigente fue juzgada por la Corte Suprema. Tampoco invocó la excepción de inconstitucionalidad para ejercer un control oficioso e incidental sobre leyes vigentes. Por eso, una de las leyes más represivas de que se haya tenido noticia en la historia nacional nunca fue controlada en su validez. Se trata de la tristemente célebre “Ley de los Caballos”, restrictiva de las libertades y garantías básicas que concedía poderes arbitrarios a las autoridades ejecutivas.

(84) Aclaración de voto de Jesús Casas Rojas, invocando la lógica, la razón de Estado y el derecho natural. A él se unieron: Luis M. Isaza, Abraham Fernández de Soto y Lucio A. Pombo, quien fuera el ponente.

(85) Salvamento de voto de M. Arango. Con nombre propio se refirió a sus colegas Luis M. Isaza (presidente) y Abraham Fernández de Soto (vicepresidente).

(86) Salvamento de voto de Baltasar Botero Uribe.

— *Otros hitos en el ejercicio efectivo de la defensa judicial de la supremacía de la Constitución*

Si luego de esta primera etapa del control constitucional se toma en consideración la expansión del poder de la Corte, ¿cuáles fueron los hitos en el ejercicio de sus competencias? Para responder esta pregunta se tomó como criterio la primera vez que sucedió algo nuevo, en virtud de una reforma constitucional o de una tesis de la Corte Suprema sobre el alcance de sus competencias. Algunas de estas sentencias fueron polémicas pero otras han pasado inadvertidas por la poca importancia que se le ha dado en nuestro medio al estudio de la jurisprudencia constitucional anterior a 1991.

En el cuadro 6 se enuncian en orden cronológico los fallos en los cuales, por primera vez, la Corte Suprema de Justicia ejerció una nueva competencia o aplicó un mecanismo novedoso de acceso, como la acción pública de inconstitucionalidad creada en 1910 o el control automático de los decretos de estados de excepción, introducido en 1968. Se indica el objeto de la sentencia, es decir, el acto sobre el cual la Corte Suprema ejerció su poder de control constitucional. Se incluyen, para presentar una cronología completa, los hitos en el periodo 1886-1910, acerca de los cuales se hizo alusión anteriormente.

Como el cuadro 6 habla por sí solo, tan solo cabe subrayar lo siguiente. Primero, la acción pública de inconstitucionalidad fue empleada por los ciudadanos a partir del mismo año en que entró en vigor, 1911. El primer fallo sobre una ley vigente fue de exequibilidad, pero en ese mismo año una ley fue declarada inconstitucional y, además, interpretada de manera conforme a la Constitución, mediante un condicionamiento por el cual parte de la ley fue reinterpretada para armonizar la Constitución. Al año siguiente se declaró inconstitucional el primer decreto legislativo. También tempranamente la Corte Suprema se inhibe de pronunciarse sobre las leyes aprobatorias de tratados, en el caso del tratado con Estados Unidos sobre Panamá. Segundo, en todos los años al menos una norma ha sido invalidada por la Corte Suprema, con excepción de tres: 1956, 1959 y 1968. Tercero, después de 1968 cuando se previó expresamente el control constitucional por vicios de forma, las inhibiciones anteriores de desvanecen lenta y gradualmente: primero respecto de reformas constitucionales (1978) y, segundo, respecto de leyes aprobatorias de tratados (1986).

— Sentencias que causaron polémica

Rebasaría el propósito de este escrito entrar a analizar el contenido de las sentencias proferidas durante un siglo por la Corte Suprema. Por razones de espacio tampoco podrían mencionarse las más importantes, aun en temas cruciales como la economía o el orden público. Por lo tanto, se ha optado por seleccionar algunas sentencias polémicas que ilustran de manera general la multiplicidad de temas sobre los cuales se pronunció la Corte Suprema y su importancia para la vida nacional, así como decisiones que tuvieron gran impacto. Sobre todo, las sentencias seleccionadas muestran que el control constitucional fue ejercido en ocasiones de manera activa e independiente, si bien en otras la Corte fue demasiado deferente ante el Ejecutivo, como por ejemplo en materia de estado de sitio. En el cuadro 7 se enuncian cronológicamente las sentencias polémicas seleccionadas.

El cuadro 7 muestra que algunos de los fallos más polémicos de la Corte Suprema versaron sobre tres materias: la intervención del Estado en la economía, las medidas para restablecer el orden público y las reformas a la Constitución. En la primera materia la Corte Suprema profirió sentencias que limitaron las facultades de intervención estatal tanto por vía de leyes como por medio de decretos legislativos. En la segunda la Corte Suprema legitimó decretos de estado de sitio restrictivos de las libertades públicas. En la tercera la Corte frenó las reformas constitucionales durante la década de los setentas, pero le dio vía libre a la Asamblea Constituyente de la cual surgió la Constitución de 1991. En el ámbito electoral la Corte Suprema también profirió fallos importantes aunque no tuvieron la trascendencia pública de los anteriormente mencionados.

En lo que respecta a la convivencia pacífica, los fallos mencionados se enmarcan dentro de la filosofía predominante en la Constitución de 1886. Por eso, la Corte avaló los poderes presidenciales para restablecer el orden, salvo contadas excepciones durante los años ochentas cuando el estado de sitio ya se había desprestigiado y había perdido su capacidad intimidatoria⁽⁸⁷⁾. No obstante, procuró mantener reglas de juego en materia electoral que fueran equilibradas y dieran garantías a las minorías, lo

(87) Ver el Capítulo III de este libro.

cual responde a la orientación de las reformas de 1910 y 1957 para mantener la convivencia pacífica entre los partidos. En cambio, en materia de política socioeconómica, los fallos de la Corte Suprema no desarrollaron todos los alcances de la reforma de 1936, salvo algunos fallos como el de la retrospectividad de las normas laborales⁽⁸⁸⁾. Lo anterior no significa que las sentencias en estos ámbitos hayan carecido de profundos impactos económicos⁽⁸⁹⁾.

En conclusión, esta muestra de fallos especialmente significativos ilustra que en Colombia se ha ejercido durante un siglo, de manera ininterrumpida, amplia e independiente, el control judicial de normas legales dictadas por el Congreso, o por el Ejecutivo en circunstancias excepcionales o extraordinarias, con el fin de someter el poder al derecho y salvaguardar la supremacía de la Constitución. Sobre esa fortaleza institucional se construyó la Corte Constitucional y el sistema de defensa judicial de la Constitución creado en 1991, cuyos resultados se resumen a continuación.

1.2.2. *Una década de actividad de la Corte Constitucional: elementos básicos para apreciar su profundo impacto*

Para presentar un panorama general de la actividad de la Corte Constitucional se seguirá la misma metodología y se responderán las mismas preguntas. Ello se justifica, a pesar de que el lapso por describir es mucho menor: una década larga (1992-2002), no un siglo largo (1886-1991). En efecto, desde el punto de vista cuantitativo, en dicha década la Corte Constitucional profirió tres veces más sentencias que la Corte Suprema durante un siglo. Este dato revela, por sí solo, el paso gigante que se dio en 1991 para asegurar la supremacía de la Constitución y procurar su proyección a todos los ámbitos de la vida nacional con miras a estimular la resolución institucional y pacífica de los conflictos. También indica que la Corte Constitucional está más presente que lo que estuvo la Corte Suprema en

(88) Manuel José Cepeda Espinosa, "La Reforma de 1936 y las libertades públicas: ¿Qué ha hecho la Corte Suprema?", en Álvaro Tirado Mejía, *Estado y Economía, 50 años de la Reforma del 36*, Contraloría General de la República, Bogotá, 1986.

(89) Manuel José Cepeda Espinosa, "Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo", *XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, febrero de 2004.

los procesos decisorios y tiene mayor incidencia en el devenir nacional, lo cual se apreciará al observar la selección de fallos más polémicos.

1.2.2.1. *Una visión cuantitativa*

Es útil mirar brevemente las estadísticas para apreciar la evolución de la carga de trabajo de la Corte Constitucional. En síntesis, las conclusiones que pueden ser extraídas de las cifras que se presentan más adelante son las siguientes: (i) la carga de trabajo de la Corte es verdaderamente inmensa (9.442 sentencias), y ha aumentado en forma constante (de 235 decisiones en 1992 a 1.123 en 2002 –un incremento de aproximadamente el 477%–); (ii) ha habido una escalada especialmente aguda en el número de decisiones de tutela (en 1992, llegaron 8.060 sentencias de tutela a la Corte para su revisión discrecional; para 2001, tal número se había elevado a 133.273 –un aumento de casi 16 veces el número original–), como consecuencia de factores sociales y políticos que han llevado a la gente a usar este mecanismo con cada vez mayor frecuencia; (iii) el número de decisiones proferidas en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad también se ha incrementado (de 53 en 1992, a 339 en 2002 –un aumento de aproximadamente el 639%–), más que todo porque la acción pública de inconstitucionalidad ha sido usada con cada vez mayor frecuencia por los ciudadanos, no sólo para proteger la compatibilidad abstracta entre las leyes y la Constitución, sino también para promover temas relacionados con los derechos fundamentales (en 2002, se interpusieron 561 demandas de inconstitucionalidad, y la Corte rechazó el 45% por razones de forma); (iv) el control constitucional abstracto da cuenta del 32% del total de decisiones proferidas por la Corte, mientras que el control constitucional concreto en casos de tutela representa el 68% de dicho total; (v) la Corte ha protegido los derechos del demandante en el 58% del total de casos de tutela que ha decidido y ha negado el 42% de las tutelas, manteniendo una posición equilibrada en un asunto muy sensible; (vi) el porcentaje de decisiones adoptadas en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad en las que la ley, el decreto legislativo o el acto bajo revisión han sido declarados inexecutable, en todo o en parte, es considerable: el 23%; y (vii) la votación de los magistrados, aunque ha sido dividida en los casos más controvertidos, puede considerarse relativamente unánime (en el 77% de las decisiones de constitucionalidad no se emitieron salvamentos o aclaraciones de voto).

La magnitud numérica de los resultados del trabajo de la Corte Constitucional sólo puede ser calificada como impresionante (ver cuadro 8). En once años, ha adoptado un total de 9.442 decisiones, esto es, un promedio aproximado de 840 sentencias anuales, ocho veces superior al de la Corte Suprema en su periodo más activo y también ocho veces superior al que registra actualmente la Corte Suprema de Estados Unidos. Esta cifra demuestra su eficiencia, pero también indica que su carga de trabajo ha alcanzado niveles realmente altos.

Las decisiones de tutela han crecido considerablemente, en especial desde 1998, cuando se registró un aumento del 48% frente a los cinco años precedentes. En 1999 la cifra continuó aumentando, pero el salto se presentó en 2000, cuando el número de sentencias de tutela llegó a 1.340, casi duplicando las del año anterior, en el cual se había llegado a un pico de 705 decisiones. Este aumento se debe a una serie de razones de índole política y social. La principal es el uso frecuente de la acción de tutela, tal vez como resultado de (i) la rápida comprensión, por la ciudadanía, de que la protección constitucional de los derechos fundamentales puede generar efectos reales sobre sus problemas y conflictos de todos los días, y (ii) la recesión económica, que llevó a números cada vez más altos de personas a reclamar por esta vía judicial el respeto de sus derechos sociales, especialmente la salud, las pensiones de jubilación y los salarios. Sin embargo, esto no significa que la Corte siempre adopte decisiones a favor del demandante. Del total de decisiones de tutela que ha proferido, sólo en el 58% de los casos la Corte ha concedido lo que el peticionario estaba solicitando.

En lo que respecta al control abstracto de normas, la actividad de la Corte Constitucional también ha sido muy intensa. Si solo se toma este tipo de sentencias, excluyendo de la estadística las tutelas, se aprecia que en una década ha proferido 2.923 sentencias, o sea más que la Corte Suprema en un siglo (2.496). Para hacer esta comparación se toma el cuadro donde se contabilizaron los mismos tipos de sentencias para el periodo 1886-1991 (cuadro 3) y el periodo 1992-2002 (cuadro 8a).

Puesto que ha acudido menos a los estados de excepción y la institución de las leyes de facultades extraordinarias se restringió, y puesto que los ciudadanos están acudiendo con mayor frecuencia a la acción pública de inconstitucionalidad, el control constitucional sobre las leyes vigentes

expedidas por el Congreso ha cobrado mayor importancia. Además, la expansión del control automático ha contribuido a esta reorientación del control constitucional. En el cuadro 9 se señala que la Corte Constitucional ha proferido más sentencias sobre tratados internacionales y sus leyes aprobatorias que sobre decretos legislativos. Por otra parte, cabe subrayar que, como se puede apreciar en el cuadro 9 entre 1992 y 2002 el número de demandas de inconstitucionalidad aumentó más de dos veces —en 1992 se presentaron 247 demandas ciudadanas ante la Corte, mientras que en 2002 este número subió a 561—. Más del 40% fueron rechazadas por no llenar los requisitos procedimentales mínimos.

En el cuadro 9a se presenta un gráfico con el número de sentencias de inconstitucionalidad por año. En él se aprecia que si bien la tendencia ha sido ascendente, hubo un pico de inexecutableidad en 1999, cuando se llegó a 112 decisiones de inexecutableidad. Desde 1996, cada año se han proferido un poco más de 70 sentencias de invalidación de normas, salvo en 1998 cuando el número de este tipo de fallos fue de 61. Es importante subrayar, regresando al cuadro 8a que el porcentaje de sentencias de inexecutableidad proferidas por la Corte Constitucional (23%) es ligeramente inferior al porcentaje correspondiente a la Corte Suprema de Justicia (27%), lo cual puede parecer sorprendente dada la percepción de que la Corte Constitucional ha sido más activa y estricta en el ejercicio de sus funciones. Donde sí hay un incremento porcentual significativo es en materia de fallos con condicionamientos, puesto que el porcentaje de este tipo de sentencias en el caso de la Corte Constitucional (5.26%) es más del doble correspondiente a la Corte Suprema de Justicia (2.2%).

Estas estadísticas y breves comentarios demuestran que el trabajo de la Corte ha sido bastante eficiente, que ésta ha ejercido vigorosamente su independencia, y que también ha sido muy sensible a la protección efectiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, las evaluaciones numéricas resultan insuficientes para comprender la importancia de los cambios introducidos por la Corte como guardiana e intérprete de la Constitución. Es necesario prestar atención a las decisiones que ha adoptado al dar cumplimiento a sus objetivos institucionales. Esto demostrará la complejidad de los problemas que la Corte debe resolver, así como la trascendencia de sus decisiones. Como es imposible por razones de espacio resumir las sentencias, aun una selección estricta de las más importantes, se acudirá a tres cuadros que muestran el impacto que ha tenido la Corte Constitucio-

nal. Estos cuadros siguen la misma metodología que la aplicada para resumir la actividad de la Corte Suprema de Justicia antes de que fuera remplazada por la Corte Constitucional como guardiana de la Carta.

1.2.2.2. Una muestra de fallos especialmente significativos

Miremos las primeras decisiones en las cuales se concretaron los avances introducidos en 1991.

El cuadro 10 muestra que las innovaciones introducidas en 1991 no se han quedado escritas y que la Corte ha sido una defensora independiente del respeto al Estado de derecho y de la supremacía de la Constitución.

La contribución de la Corte Constitucional a la materialización y desarrollo de la Constitución de 1991 ha tenido profundas implicaciones para la mayor parte de los aspectos de la vida colombiana; sus sentencias, que han versado sobre todas las áreas del derecho y todas las facetas de nuestra complicada realidad nacional, han llevado a la Corte a convertirse en un punto de referencia necesario para quienquiera que busque conocer en detalle lo que ha sucedido en nuestro país en el curso de la última década.

En primer lugar, la Corte ha ejercido una influencia sustancial sobre el fortalecimiento del Estado de derecho y la transformación del ordenamiento jurídico como un todo, una transformación que se hace evidente en asuntos tales como (i) el cambio fundamental en el enfoque interpretativo general del derecho y los problemas jurídicos, (ii) una profunda incorporación del derecho constitucional a las ramas penal, civil, administrativa y otras especialidades jurídicas; (iii) la introducción de temas y debates contemporáneos al constitucionalismo colombiano; (iv) el surgimiento, gracias a la acción de tutela, de una nueva "jurisdicción de equidad" en Colombia, y (v) el ejercicio de una presión considerable para el desarrollo de cambios adicionales en el sistema jurídico, en asuntos tan novedosos como la introducción de precedentes judiciales en un sistema jurídico de tradición romano-germánica.

En segundo lugar, la Corte ha generado un impacto visible en el campo político. En resumen, ha contribuido a la conversión de conflictos so-

ciales en problemas constitucionales, y en esa medida, a la resolución pacífica de conflictos dentro de la sociedad. Esto significa, en breve, que (i) la Constitución ha dejado de ser un código abstracto, y ha permeado la realidad social; (ii) la Corte se ha convertido en un árbitro polémico pero legítimo a quien se acude para que adopte decisiones difíciles, y (iii) la Corte se ha convertido en un foro en el que la mayor parte de las controversias se someten a una “segunda ronda” de decisión, con base en argumentos constitucionales.

En términos generales, el impacto que ha tenido la Corte sobre la vida colombiana se puede sintetizar como sigue:

— Ha contribuido a la construcción del Estado de derecho, expandiendo sus alcances y efectividad en un contexto en el que el imperio de la fuerza a menudo parece prevalecer, y fortaleciendo las instituciones públicas, amenazadas por todo tipo de obstáculos y riesgos. Ello ha generado fuertes debates sobre temas tales como el grado de poder —para algunos demasiado amplio— que fue otorgado a la Corte, o sobre las consecuencias de un proceso de intensificación de la judicialización de la política en el país;

— Ha modificado, en ciertos casos, el equilibrio de poder social y político, entre otras al otorgar más poder a los débiles, los vulnerables, los marginados y los desorganizados, cuando éstos cuentan con un derecho constitucional que los protege, y

— Ha hecho todo eso, sin privar al Estado de sus medios legítimos de acción para contrarrestar los diferentes tipos de retos que deben afrontar las instituciones colombianas, y atender a los múltiples problemas sociales y políticos de la nación.

El cuadro 11 enuncia las decisiones más polémicas en materia de control abstracto de la constitucionalidad de normas, y el cuadro 12 las más controvertidas en lo que respecta a la tutela. Por su extensión han sido colocados en el anexo.

En el curso de su primera década de existencia, la Corte no sólo ha adoptado decisiones sobre los problemas nacionales de mayor urgencia, sino que también ha proferido sentencias que versan sobre los grandes

temas del derecho constitucional contemporáneo. Estos se pueden clasificar en tres grupos: (i) las controversias tradicionales asociadas con el control constitucional de las leyes, (ii) los grandes debates de posguerra en el constitucionalismo occidental y (iii) los temas que han surgido durante la transición del siglo XX al XXI.

En primer lugar, la Corte se ha aproximado a las controversias tradicionales sobre el rol de un tribunal constitucional, mediante el establecimiento de criterios transparentes para guiar su propia actividad. Varios conceptos deben ser apreciados desde esta perspectiva: “margen de configuración del legislador”, “margen de apreciación del Gobierno” al declarar un estado de excepción, y “grados de intensidad del test de igualdad”, por mencionar sólo tres nociones en las que la actitud prudente de la Corte se hace evidente. Otros ejemplos, tales como los distintos *tests* de razonabilidad, así como los numerosos criterios-guía que la Corte ha identificado para resolver casos difíciles, tales como el principio *pro - libertatis*, el principio *pro - infans* o la regla de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, ejemplifican los esfuerzos que ha hecho esta Corte para lograr que su interpretación constitucional sea más rigurosa —aun que aún falta mucho por hacer en este sentido—.

En segundo lugar, los debates de la post-guerra, que habían sido ignorados por la jurisprudencia colombiana, también han sido estudiados por la jurisprudencia colombiana, en lo que podría visualizarse como una “actualización acelerada” de la doctrina constitucional. Como puede apreciarse con las múltiples decisiones que he citado, en un lapso de diez años, este tribunal se ha visto llevado a decidir sobre temas que han sido discutidos durante cuatro décadas en Europa o Estados Unidos. En relación con el debate sobre el carácter normativo de las diferentes disposiciones constitucionales, por ejemplo, la Corte arrancó su recorrido afirmando que absolutamente todas las palabras de la Constitución son verdaderos mandatos jurídicos que obligan a todas las autoridades del país. En cuanto a la cuestión sobre la existencia de temas esencialmente políticos respecto de los cuales el juez constitucional no debería estar llamado a decidir, la Corte ha rechazado consistentemente la posibilidad de que existan esferas del poder inmunes al deber general de respetar la Constitución. Esto es notorio en las sentencias enunciadas en el cuadro 10. Sin embargo, es tal vez en el campo de los derechos fundamentales y libertades básicas que nuestro derecho constitucional ha sido actualizado en forma más rápida y notable.

Por medio de sus fallos, la Corte no sólo ha asimilado los avances jurisprudenciales de la tradición occidental actual, sino que ha ido más allá, en temas tales como la autonomía personal, la discriminación sexual, la exclusión social. De ahí que los fallos sobre aborto, eutanasia, dosis personal de estupefacientes sigan generando polémica. Sin embargo, aún queda un largo camino por recorrer, en temas tales como la igualdad racial, los derechos de los homosexuales y los derechos reproductivos.

En tercer lugar, algunos de los debates constitucionales contemporáneos más salientes también han sido afrontados por la Corte. En particular, cuatro áreas de debate deben ser subrayadas: (i) el multiculturalismo y el derecho a la diferencia colectiva: en lugar de imponer concepciones individualistas y occidentales sobre los pueblos indígenas, la Corte ha abandonado cualquier tipo de perspectiva asimilacionista, y ha hablado de diálogo intercultural entre culturas igualmente dignas, así como de la libre determinación de los grupos étnicos, en tanto pre-requisito para la preservación de la diversidad—; (ii) la exigibilidad de los derechos sociales: la Corte ha reconocido el derecho al “mínimo vital” requerido para subsistir dignamente, ha creado la doctrina del estado de cosas inconstitucional y ha protegido el derecho a la salud, así como otros derechos sociales, por medio de la acción de tutela en ciertas condiciones; (iii) el problema de la aplicación de las disposiciones sobre derechos fundamentales a las relaciones entre particulares: la Corte ha aceptado que cuando quiera que una persona particular se encuentra en posición de poder o ventaja ante otra, la Constitución se debe aplicar directamente para proteger a la parte más débil, entre otras a través de la tutela; y (iv) el problema del *status* activo de los derechos fundamentales: la Corte ha afirmado consistentemente que los derechos fundamentales no sólo representan una forma de defensa del individuo frente a actuaciones arbitrarias, sino que también lo facultan para exigir actuaciones positivas de parte de las autoridades para satisfacer sus necesidades.

Además de su inmensa influencia en la esfera del derecho, la Corte también ha generado efectos visibles en la vida política y social del país. Para decirlo en términos coloquiales: no es que la Corte se meta en todo; lo que sucede es que a la Corte la meten en todo. Ello es así por una combinación de factores políticos, sociales, culturales e institucionales. Resaltaré únicamente los que tienen un alcance nacional. En primer lugar, la así llamada “crisis política” ha llevado a que los problemas que no son

resueltos por medio de decisiones políticas sean presentados a la Corte por ciudadanos interesados en encontrar una respuesta a las situaciones que lo afectan. Lo anterior es posible por una razón institucional: se puede afirmar que Colombia cuenta con el sistema de control constitucional más abierto y accesible del mundo, como ya se advirtió. A estos factores políticos e institucionales se añade un tercero, que ha contribuido a la movilización de toda la estructura de preservación de la Constitución: el hecho de que algunos grupos sociales y un puñado de ciudadanos activistas rápidamente comprendieron las implicaciones de un sistema así de abierto, e hicieron uso casi inmediato de los canales constitucionales para presentar sus peticiones a la Corte, ya no en términos políticos sino jurídicos. No se trata de una movilización masiva, puesto que las reglas del procedimiento constitucional no exigen que un número significativo de ciudadanos se una en torno a una determinada demanda o petición. Dado que los derechos protegen a cada individuo, es suficiente que un ciudadano activo se tome el tiempo de redactar una breve demanda ante la Corte, o una corta petición de revisión de una sentencia de tutela, para que la Corte quede obligada a adoptar una decisión sobre el tema, incluso si no siempre entra a estudiar el fondo del asunto.

Esta transformación simple de los asuntos políticos y sociales en controversias constitucionales puede ser explicada por un elemento cultural: Colombia ha sido tradicionalmente un país de leyes. Es cierto que muchas de ellas no se aplican, pero están ahí, y constantemente se están adoptando nuevas leyes con la ilusión de que los principales problemas del país puedan ser resueltos con la promulgación de normas nuevas. Dado que casi cualquier problema tiene una ley correspondiente, es fácil formular cualquier conflicto social o político como un problema de regulación, y cuestionar las normas pertinentes ante la Corte. Lo anterior se suma al hecho de que los derechos constitucionales fundamentales son aplicables en todas las fases y aspectos de la vida cotidiana, lo que permite que cualquier situación concreta sea formulada como un caso constitucional.

Esto no ocurriría si quienes son responsables de la resolución de tales problemas ejercieran en forma efectiva su autoridad para adoptar una decisión; pero cuando ello no ocurre, por los motivos más diversos, se le pide a la Corte que lo haga, aplicando el derecho constitucional. Sin embargo, una de las consecuencias persistentes y visibles de este sistema es el que la Corte está sujeta a la formulación de duras críticas en su contra:

temas tales como la admisibilidad de las acciones de tutela contra sentencias, la revisión de los decretos declarativos de estados de excepción, o la intervención del juez constitucional en asuntos económicos, han generado una oposición abierta, significativa y sostenida por parte de otros tribunales, el Congreso y el Gobierno por igual. Pero la tendencia se orienta claramente hacia un nivel creciente de legitimidad con cada avance en la promoción de los derechos fundamentales por parte del tribunal.

Esta dinámica, y el sistema como un todo, generan interrogantes recurrentes. ¿La Corte cuenta con la capacidad institucional necesaria para responder a tantos problemas diferentes? ¿Cómo puede resolverlos sin invadir la esfera de competencias de otras autoridades? ¿Es legítimo que la Corte intervenga en temas en los cuales hay diversas soluciones posibles y las opiniones están divididas? ¿La Corte debe tener en cuenta elementos extra-jurídicos al adoptar sus decisiones, tales como las visiones de las partes en conflicto sobre la interpretación constitucional, o los costos políticos y económicos de sus sentencias?

Tales preguntas no solo han sido objeto de reflexiones académicas durante décadas, sino que también han sido estudiadas por la propia Corte cuando ello ha sido pertinente. En torno de ellas, algunos de los fallos más sensibles han dado pie a propuestas aisladas para reestructurar la Corte, o limitar sus poderes. Ninguna ha avanzado en el Congreso de la República.

Conclusión

Después de esta visión de conjunto de lo que ha sido un siglo de control constitucional, se puede concluir que Colombia ha gozado de una tradición de defensa judicial de la supremacía de la Constitución no solo centenaria sino ininterrumpida. Sin duda, ha habido periodos durante los cuales dicho control ha sido ejercido tímidamente, así como ha habido otros en los cuales se constata una dosis de activismo judicial. Igualmente, ciertos fallos pueden ser vistos, en perspectiva histórica, como sentencias de legitimación del poder, más que de control o limitación del poder. No obstante, lo esencial es que durante un siglo el órgano judicial de control constitucional ha ejercido con independencia, mayor o menor según la época, el poder de declarar inconstitucionales leyes y decretos con fuerza

de ley, lo cual ha significado que el poder público ha sido sometido al respeto de la Constitución, pacto político fundamental para la paz.

A lo largo del siglo XX se constató un proceso de ascendencia del constitucionalismo paralelo a las reformas constitucionales mediante las cuales se buscó crear condiciones de convivencia pacífica en Colombia. Las aperturas democráticas estuvieron entonces acompañadas de la expansión del sistema de protección judicial de la Constitución. Al ritmo de esta evolución gradual, el control constitucional que en 1886 dependía de que el Presidente de la República objetara un proyecto de ley se fue transformando en una defensa de la supremacía de la Constitución frente al poder ejecutivo y al poder legislativo, impulsado principalmente por los ciudadanos, no por órganos públicos. En el mismo sentido, el control constitucional que originalmente estaba orientado a superar el conflicto entre órganos, ha llegado a convertirse en una garantía de la efectividad de los derechos constitucionales, lo cual es otra forma de contribuir al mantenimiento de la democracia y a la resolución pacífica de los conflictos.