

LOS PROCESOS JUDICIALES ANTE LAS ALTAS CORTES

EDITORES ACADÉMICOS

DAVID FERNANDO VARELA SÁNCHEZ

HERNANDO HERRERA MERCADO - LEONARDO BELTRÁN RICO

CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA - FRANCISCO RODRÍGUEZ MESA

Tomo II CORTE CONSTITUCIONAL

NILSON PINILLA PINILLA - JAIME ARAUJO RENTERÍA

LUIS GUILLERMO GUERRERO - ANDRÉS MUTIS VANEGAS

CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA - JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO - MIGUEL POLO ROSERO



COLECCIÓN ESTUDIOS

LOS PROCESOS
JUDICIALES ANTE LAS ALTAS CORTES

LOS PROCESOS JUDICIALES ANTE LAS ALTAS CORTES

TOMO II CORTE CONSTITUCIONAL

Editores Académicos

DAVID FERNANDO VARELA SÁNCHEZ
HERNANDO HERRERA MERCADO
LEONARDO BELTRÁN RICO
CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA
FRANCISCO YEZID RODRÍGUEZ MESA

Autores

NILSON PINILLA PINILLA, JAIME ARAUJO RENTERÍA, LUIS GUILLERMO
GUERRERO, ANDRÉS MUTIS VANEGAS, CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA,
JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, MAURICIO GONZÁLEZ
CUERVO, MIGUEL POLO ROSERO



Facultad de Ciencias Jurídicas

COLECCIÓN ESTUDIOS

COLECCIÓN ESTUDIOS

ISBN digital: 978-958-791-519-8

© David Fernando Varela S. 2021
© Hernando Herrera Mercado 2021
© Leonardo Beltrán Rico 2021
© Carlos Felipe Ramírez P. 2021
© Francisco Y. Rodríguez M. 2021
© Pontificia Universidad Javeriana. 2021
© Corporación Excelencia en la Justicia. 2021
© Grupo Editorial Ibañez. 2021

Coordinador Editorial
Pontificia Universidad Javeriana
JAVIER CELIS GÓMEZ

Grupo Editorial Ibañez
Bogotá-Colombia
Carrera 69 Bis No. 36 -20 sur
Teléfonos: 2300731 -2386035
Librería: Calle 12B No. 7-12 L.1
Teléfonos: 2835194 - 2847524
Librería Teusaquillo: Calle 37 No. 19-07
Teléfonos: 7025760 - 7025835
Bogotá, D.C. - Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

® 2021

La presente obra de divulgación se integra al grupo de investigación del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. No obstante, el editor y las instituciones a las cuales se encuentran vinculados los autores de esta obra, declinan cualquier tipo de responsabilidad derivada de la información o las opiniones aquí expresadas por ellos. La responsabilidad del contenido es exclusivamente de cada uno de los autores que componen esta obra.

COMITÉ DE PUBLICACIONES

DIANA CAROLINA OLARTE BÁCARES
Decana Facultad Ciencias Jurídicas -
Presidente del comité

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
Profesor Departamento de Derecho Privado

JAVIER GUSTAVO RINCÓN SALCEDO
Profesor Departamento de Derecho Público

JUAN CARLOS BOTERO NAVIA
Profesor Departamento de Derecho Económico

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ
Profesor Departamento de Derecho Penal

CARLOS ADOLFO PRIETO MONROY
Profesor Departamento de Derecho Económico

DIANA XIMENA DELGADO GORDILLO
Secretaria de Facultad

JAVIER CELIS GÓMEZ
Bibliotecólogo Facultad

MARIA CAROLINA VÉLEZ GAITÁN
Asistente Decanatura-Secretaria del Comité

Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Alfonso Borrero Cabal, S. J.
Catalogación en la publicación

Namén Vargas, Álvaro, autor,

Los procesos judiciales ante las altas cortes / David Fernando Varela Sánchez [y otros]; Prólogo David Fernando Varela Sánchez, [y otros]; Presentación Hernando Herrera Mercado, Leonardo Beltrán Rico. -- Primera edición. -- Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana : Corporación Excelencia en la Justicia : Grupo Editorial Ibañez, 2021. (Colección Estudios)

3 volúmenes ; 24 cm

Incluye referencias bibliográficas

ISBN digital: 978-958-791-519-8

Contenido: Tomo 1. Consejo de Estado. Tomo 2. Corte Constitucional. Tomo 3. Corte Suprema de Justicia

1. Administración de justicia. 2. Poder judicial - Colombia. 3. Democracia - Colombia. 4. Poder ejecutivo - Colombia. 5. Colombia. Consejo de estado 6. Colombia. Corte constitucional 7. Colombia. Corte suprema de justicia. I. Varela Sánchez, David Fernando, editor académico y prologuista II. Ramírez Portela, Carlos Felipe, editor académico III. Rodríguez, Francisco, editor académico IV. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas IV. Corporación excelencia en la Justicia V. Grupo Editorial Ibañez.

CDD 342.22 edición 15

inp.

21/09/2021

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

CONTENIDO

COLECCIÓN ESTUDIOS..... 9

PRÓLOGO

DAVID FERNANDO VARELA SANCHEZ
CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA
FRANCISCO YEZID RODRÍGUEZ MESA..... 13

PRESENTACIÓN

HERNANDO HERRERA MERCADO - LEONARDO BELTRÁN RICO 21

INTRODUCCIÓN LOS PROCESOS JUDICIALES ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

NILSON PINILLA PINILLA.....25

CAPÍTULO I EL CONTROL AUTOMÁTICO DE CONSTITUCIONALIDAD

JAIME ARAUJO RENTERÍA33

CAPÍTULO II EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCIÓN

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ57

CAPÍTULO III EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE DECRETOS CON FUERZA DE LEY DICTADOS CON FUNDAMENTO EN FACULTADES EXTRAORDINARIAS

ANDRÉS MUTIS VANEGAS97

CAPÍTULO IV
 CONTROLANDO AL CONTROLADOR.
 UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL ESCRUTINIO
 JUDICIAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN
 POR LA CORTE CONSTITUCIONAL
 DE COLOMBIA (1992-2021)

CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA.....119

CAPÍTULO V
 LOS DERECHOS
 FUNDAMENTALES Y LA ACCIÓN DE TUTELA

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.....169

CAPÍTULO VI
 EL DEBILITAMIENTO DEL PODER
 DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PUEBLO

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.....191

CAPÍTULO VII
 DEFINICIÓN DE CONFLICTOS
 DE COMPETENCIA EN MATERIA DE TUTELA
 POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

MIGUEL POLO ROSERO215



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

Facultad de Ciencias Jurídicas

COLECCIÓN ESTUDIOS

La finalidad de esta colección es la de divulgar, en forma articulada y conexas, diversos escritos (ensayos, artículos, conceptos, opúsculos, etc.), realizados por uno o varios autores nacionales e internacionales.

- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo I: La empresa de seguros. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo II: El contrato de seguro. Teoría general del contrato. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo III: El contrato de seguro. Teoría general del contrato (continuación). CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Tratado de Derecho arbitral*: Tomo I y II: El convenio arbitral. Director CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo IV: Teoría general del contrato y análisis de algunos seguros en particular. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo V: El contrato de seguro y el contrato de reaseguro. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Propiedad Intelectual, Competencia y Aspectos Regulatorios de los Medicamentos: Determinantes Internacionales y Política Pública*. Editor Académico: XAVIER SEUBA. Autores: MARIANO GENOVESI, AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA, JUAN CAMILO PÉREZ, PEDRO ROFFE, MIGUEL VIDAL-QUADRAS, DAVID VIVAS.

- *Derecho Privado: Estudios y escritos de derecho patrimonial. 4 tomos en 6 volúmenes.* CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho y Filosofía: Textos escogidos. Volumen 1.* ALEJANDRO APONTE CARDONA.
- *Derecho Penal Internacional: Textos escogidos. Volumen 2.* ALEJANDRO APONTE CARDONA.
- *Turismo y Derecho del Consumo.* Editores Académicos: EUGENIO LLAMAS POMBO, LORENZO MEZZASOMA, CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., MARIANA BERNAL FANDIÑO.
- *Derecho de seguros y reaseguros: –Liber Amicorum profesor Arturo Díaz Bravo–.* Director académico: CARLOS IGNACIO JARAMILLO; Coordinadoras académicas: PATRICIA JARAMILLO SALGADO Y SANDRA RAMÍREZ.
- *Aproximación iberoamericana a la construcción de una sociedad humana y democrática.* Editores: JAIME ROSELL-GRANADOS (Universidad de Extremadura), JULIO ANDRÉS SAMPEDROARRUBLA, ILDIKO SZEGEDY-MASZÁK, JORGE GONZÁLEZ-JÁCOME (Pontificia Universidad Javeriana).
- *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia.* Editores: GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, ILDIKÓ SZEGEDY-MASZÁK, RAFAEL A. PRIETO SANJUÁN. Prólogo BALTASAR GARZÓN REAL. Edición Universidad Javeriana (Colombia) y Universidad de Jaén (España); Editorial Tirant lo Blanch.
- *Banca-seguros: Experiencia Internacional.* Editores Académicos: LORENZO MEZZASOMA, ALBINA CANDIAN, ANDREA BELLUCCI, PAOLOEFISIO CORRIAS, SARA LANDINI, EUGENIO LLAMAS POMBO, CARLOS IGNACIO JARAMILLO.
- *Código penal reflexiones después de 15 años de vigencia. Libro homenaje al Profesor Augusto J. Ibañez Guzmán.* Editores Académicos: ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MONCAYO y AUGUSTO J. IBAÑEZ
- *Tendencias del Estado Federal en América Latina.* Editoras Académicas: VANESSA SUELT COCK, GIORGIA PAVANI.
- *Retos y desafíos de las empresas y los derechos humanos.* Editoras Académicas: CAROLINA OLARTE-BÁCARES, CATALINA IRISARRI BOADA, LAURA ARENAS PERALTA

- *Nuevas tendencias del Derecho Administrativo: Conmemoración de los primeros 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana.* Editora: Claudia Dangond Gibsone. Autores: Claudia Dangond Gibsone, Gustavo Zafra Roldán, Jaime Andrés Riascos Ibarra, José Gregorio Hernández Galindo, Santiago García Jaramillo, Francisco Gnecco Estrada, Néstor Raúl Correa Henao, Guillermo Sánchez Luque, Jorge Enrique Ibáñez Najar, Édgar González López, Raúl Velásquez Gavilanes, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Gonzalo Suárez Beltrán, Sandra Lisset Ibarra Vélez, Juan Camilo Morales Trujillo, Laura Isabel Zambrano Infante, Juan Manuel Laverde Álvarez, Sebastián Canal Flórez, Alberto Yepes Barreiro, Stella Jeannette Carvajal Basto, Fernando Carrillo Flórez, Hernando Herrera Mercado. 2020.
- *Derecho de daños y protección de la persona.* Editores Académicos: Eugenio Llamas Pombo, Jaime Arrubla Paucar, Carlos Ignacio Jaramillo. Autores: Jaime Alberto Arrubla Paucar, Romualdo Baptista Dos Santos, Bruno Boris Carlos Croce, José Gerardo Bustamante Morales, Gustavo Campoy, Arturo Caumont, Carlos Céspedes Muñoz, Cecilia C. Danesi, Julián Emil Jalil, Patricia Escribano Tortajada, Eugenio Facchini Neto, Federico Fratini, Rodrigo Fuentes Guíñez, Mário Gamaliel Guazzeli de Freitas, Manuela Giobbi, María Giulia Ortolani, Luis A. Godoy Domínguez, Ana González Alonso, Erika Isler Soto, Carlos Ignacio Jaramillo, Juan Carlos Jiménez Triana, Eugenio Llamas Pombo, Andrés Mariño López, Tomás Hernán Mejía Triana, María Dolores Moreno Marín, Gisela María Pérez Fuentes, Yasna Otárola E., Ana M.Prez Vallejo, Murilo Rezende dos Santos, Jordi Ribot Igualada, Arturo Solarte Rodríguez, Carla Solinas, Jéssica Souza Esmeraldo, Silvia Tamayo Haya, Karenina Tito, Leonel Torres Labbé, Francesco Urbinati, Juan Carlos Velasco Perdigones, Arantxa Vicandi. 2021.
- *Gobierno Corporativo.* Editores Académicos: Francisco Javier Prada Ramírez, Alfonso Miranda Londoño, Santiago Guerrero Sabogal. Autores: Francisco Javier Prada Ramírez, Jorge Gaitan Pardo, Juan pablo López Moreno, Juliana Morad Acero, Marcela Serrano Solórzano, Yadira Elena Alarcón Palacio, Santiago Guerrero Sabogal, Camilo

Ramírez Zuluaga, Luis Felipe Botero Cardenas, Nicolas Alberto Avella Millán. 2021.

- *Los procesos judiciales ante las altas cortes*. Tomo I: Consejo de Estado; Tomo II: Corte Constitucional; Tomo III: Corte Suprema de Justicia. Editores Académicos: David Fernando Varela Sánchez, Hernándo Herrera Mercado, Leonardo Beltrán Rico, Carlos Felipe Ramírez Portela y Francisco Yezid Rodríguez Mesa. 2021.

PRÓLOGO

DAVID FERNANDO VARELA SANCHEZ*

CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA**

FRANCISCO YEZID RODRÍGUEZ MESA***

En medio de una de las situaciones más excepcionales en la historia de la humanidad las tres instituciones patrocinadoras de esta publicación decidieron emprender una tarea muy ambiciosa: presentar el balance de treinta años de la experiencia de las Altas Cortes colombianas. Así a mediados del 2020 la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, encabezada por la Decana Diana Carolina OLARTE BÁCARES, la Corporación Excelencia en la Justicia - CEJ, representada por su director ejecutivo Hernando Herrera Mercado y el Grupo Editorial Ibáñez, orientado por su director Gustavo IBÁÑEZ CARREÑO se propusieron realizar un ambicioso trabajo de recapitulación que

* Abogado Javeriano. Profesor de planta de la Facultad. Docente de derecho económico, derecho económico internacional, economía internacional y Legaltech. Director del Centro de Estudios de Regulación Económica y Competitividad Internacional y de su semillero de investigación. Profesor y conferencista en varias universidades de América Latina, España y Estados Unidos y autor de numerosos ensayos y artículos publicados en revistas indexadas. Investigador Asociado de la Convocatoria SNCTI 2021. Candidato al Doctorado de Asuntos Internacionales (DIA) de Johns Hopkins University-School of Advanced International Studies (SAIS). Estudios de formación de altos ejecutivos en John F. Kennedy School of Government y Harvard Business School. Máster en Leyes de McGill University-Institute of Comparative Law. Especialista en ciencias socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Su tesis de grado para optar al título de abogado recibió el Lauro Académico.

** Abogado Javeriano. Candidato a magíster en DD.HH Universidad Jorge Tadeo Lozano Bogotá. Ejerce como abogado asesor, consultor y litigante en derecho administrativo, profesor en derecho público.

*** Abogado Javeriano. Especialista en derecho tributario Universidad Externado. Ejerce como abogado asesor, consultor y litigante en derecho administrativo, profesor en derecho público.

mira hacia el futuro de la sociedad Colombiana y de los desafíos económicos y sociales que dejará la pandemia y que en parte tendrán que enfrentar las Altas Cortes.

Por eso la publicación que tenemos el honor de presentar fue diseñada no solo como un estudio histórico sino más bien para influir en la conformación del pensamiento jurídico de Colombia y Latinoamérica. Para lograrlo, la nómina de sus ponentes y contenidos fue escogida cuidadosamente entre magistrados y exmagistrados de las Altas Cortes Colombianas, y destacados litigantes ante ellas precisamente porque se quería presentar una visión práctica sobre como operan esos tribunales a partir de la expedición de la Constitución de 1991. A todos los autores y autoras les presentamos un especial agradecimiento por los esfuerzos realizados para la redacción, edición, compilación y publicación de esta obra.

La misma se compone de 3 tomos, cada uno de ellos se ocupa de una de las Altas Cortes colombianas en su respectivo orden: Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. Cada una de ellas ha trabajado en el desarrollo de nuevas líneas jurisprudenciales inspiradas en la Constitución de 1991 y las reformas legales que han seguido sus mandatos. La constitución colombiana es maximalista, y ha realizado una fuerte transformación de la realidad jurídica colombiana durante sus tres décadas de vigencia.

Cada tomo se encarga de compilar los temas que las instituciones patrocinadoras consideraron más relevantes sobre la práctica de cada corporación en el ejercicio de sus funciones. Los temas son tan diversos como las mismas Altas Cortes; tratan desde la contratación estatal hasta el derecho de familia, pasando por el derecho procesal general, el procesal civil y penal, el procedimiento contencioso administrativo, el procesal constitucional, el probatorio, el sustancial administrativo, el constitucional, el civil, el comercial, y el laboral. Solo de ese modo se podía cumplir con la ambiciosa meta señalada al principio por los patrocinadores. A pesar de su amplia extensión se trató de facilitar el acceso de los lectores a través de una estructura lógica que siguiera los temas claves que resuelve cada corporación y de breves sumarios al principio de cada capítulo que orientan al lector sobre sus contenidos. La

organización metódica es el fruto del esfuerzo de los editores en un trabajo conjunto con la Universidad, la Corporación y la Editorial.

En la selección de contenidos se buscó abordar los núcleos temáticos de mayor actualidad para cada uno de los grupos de especialistas que usualmente trabajan con la jurisprudencia generada por las Altas Cortes, frecuentemente alineados con novedades normativas. A lo largo del trabajo editorial se pensó que los lectores principales serían académicos, litigantes, estudiantes y miembros de una comunidad jurídica ampliada que no solo comprende abogados sino que se extiende a otras disciplinas y a activistas de organizaciones de la sociedad civil.

El primer tomo, de mayor extensión, se dedica al Consejo de Estado, cabeza de la jurisdicción especial contenciosa administrativa cuyo deber constitucional es el de servir como garante de la legalidad de las actuaciones de la administración pública haciendo prevalecer el orden jurídico en las relaciones típicamente desiguales con los ciudadanos, a los que, sin embargo, la Constitución dota de poderosos derechos y garantías. Este tomo circula especialmente en torno a la prolija jurisprudencia de la corporación a partir de la entrada en vigor de la ley 1437 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, más conocido por sus siglas; CPACA. Los mayoría de los autores de los ensayos de este tomo asignaron un especial interés al funcionamiento de los medios de control de la legalidad, principalmente aquellos que conducen a la nulidad de los actos administrativos los cuales experimentaron cambios significativos con la entrada en vigor del nuevo código. Tan de actualidad resultan algunos de los temas allí tratados que en varios de sus artículos se hace referencia a la ley 2080 de 2021 modificatoria del CPACA. Por lo que su lectura se recomienda a modo de actualización.

Los temas relativos a la mecánica de los recursos en jurisdicción contenciosa, la procedibilidad de acciones de tutela contra sentencias del Consejo de Estado, las acciones de cumplimiento, el recurso extraordinario de súplica, la anulación de laudos arbitrales así como las glosas acerca de la función consultiva del Consejo de Estado contribuyen a enriquecer este tomo con información de la mayor relevancia para los profesionales dedicados al derecho administrativo.

No menos importantes son los artículos que abordan el contenido y alcance de las competencias de esa Alta Corte sobre la pérdida de investidura de los congresistas (tema este sobre el cual existe reciente legislación procedimental contenida en la ley 1881 de 2018) al igual que las reflexiones acerca los contratos administrativos y el control de constitucionalidad a cargo del H. Consejo de Estado.

El segundo tomo, dedicado a los núcleos temáticos propios de los procesos de constitucionalidad y tutela cuya competencia corresponde a la H. Corte Constitucional es menos extenso que el anterior pero no menos importante. Esta corporación ha generado una prolija y extensa jurisprudencia durante sus treinta años de funcionamiento, tanto así que ha merecido reconocimiento internacional por sus avances en torno a derechos fundamentales y como se vuelven justiciables, especialmente para los ciudadanos o comunidades más vulnerables. Tampoco han faltado críticas respetuosas por supuestamente desbordar algunas funciones propias del Juez Constitucional que de todos modos han contribuido a enriquecer el debate sobre las conquistas de la Constitución de 1991 y sobre las reformas que puede necesitar.

Esta obra registra el valioso aporte de cinco ex magistrados y dos ex magistrados auxiliares de la corporación quiénes nos ilustran de manera muy completa en temas tales como el procedimiento constitucional, los controles automáticos, las reformas constitucionales, el control constitucional sobre facultades normativas extraordinarias del ejecutivo, los estados de excepción, los derechos fundamentales y la acción de tutela, y los conflictos de competencia en tutela. Sus siete artículos que aglutinan los núcleos temáticos de mayor importancia para el quehacer de la Corte y se presentan de una manera que combina su alta calidad académica e investigativa con su accesibilidad para lectores no tan especializados.

En el tomo III presenta la experiencia de la Corte Suprema de Justicia desde el punto de vista de muy insignes juristas, maestros y doctrinantes. De la mano de estos autores, entre otros temas, se pueden recorrer temas tan variados como las finalidades de la Casación Civil; los Recursos de Unificación, Revisión, y Anulación contra Laudos Arbitrales; el control de Tutela como instrumento de

defensa del orden jurídico fundamental; el concepto de los hechos jurídicamente relevantes, el principio de la doble conformidad en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; el Recurso extraordinario de Casación Laboral; la actualización del proceso civil en la Pandemia COVID 19; y la Tutela ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Asuntos de Familia. Se trata de procesos estrechamente vinculados a complejos y cambiantes realidades económicas y sociales de un país como Colombia que en 30 años ha experimentado nuevos hitos históricos y políticos en paralelo con nuevas tendencias en la filosofía del derecho, que se convierten en nuevos criterios unificadores y dinamizadores de la cultura jurídica. No menos importante las realidades de la globalización tienen que conducir a una cotidiana reformulación de nuestras tradiciones jurídicas.

En esta publicación colectiva invitamos a reflexionar sobre las nuevas tendencias del derecho privado a conocedores muy profundos del sistema jurídico Colombiano. En sus capítulos se desarrollan amplias discusiones frente al papel de los jueces y los tribunales de cierre, la modernización del derecho procesal, la función nomofiláctica de la casación, y la labor no exenta de dificultad de la aplicación de un sistema de fuentes que hunde sus raíces en la Constitución de 1991. Otras cuestiones no menos relevantes son el papel de la igualdad dentro del imperio del art. 230 Constitucional, el debate sobre la dogmática Constitucional dentro del entendimiento del sistema de fuentes y su aplicación judicial frente a las competencias de las altas cortes como órganos de cierre. Estos son apenas algunos de los puntos de partida de esa sección del tomo centrada en el derecho privado.

En la misma línea, algunos autores formulan importantes consideraciones sobre la Casación Laboral en la Corte Suprema de Justicia, desde sus orígenes, desarrollo, sentencias susceptibles de recurso, y la constitucionalización de las vías de la violación de la Ley sustancial. Temáticas todas que se orientan hacia la defensa de la legalidad, la flexibilización, la uniformidad e integración jurisprudencial nacional, y específicamente en lo laboral hacia la garantía de la aplicación del derecho objetivo, y la aplicación directa de los principios constitucionales, tratados internacionales y otras normas contenidas en el bloque de Constitucionalidad.

Se destacan los estudios sobre la constitucionalización de la reparación de daños, las causales de divorcio derivadas de la violencia intrafamiliar y un innovador planteamiento sobre activismo y creativismo judicial como modalidades innovadoras de lo que se podría llamar una ingeniería judicial, al igual que nuevas discusiones en la doctrina sobre el origen, recepción y evolución de la Acción de Tutela en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Destacamos igualmente el estudio sobre la defensa penal relacionada con hechos jurídicamente relevantes y medios de prueba en la casación penal, como también, la doble conformidad propuesta por uno de los autores que consolidan en este tomo propuestas innovadoras de alto nivel que pueden ayudar a una mejor comprensión de la justicia ordinaria y sus relaciones con el constitucionalismo, la ingeniería judicial y una interpretación jurídica integradora de la jurisprudencia y la doctrina legal probable de casación.

En esta obra, también se resalta el estudio del proceso arbitral por sus amplias consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del recurso de revisión, el recurso de revisión ante los trámites arbitrales Contencioso Administrativos, el recurso de revisión contra laudos arbitrales civiles y comerciales, y la protección a derechos fundamentales supuestamente conculcados en laudos arbitrales o en sentencias que resuelven el recurso de anulación.

En suma, esperamos que este libro se convierta en obra de consulta sobre los controles jurisdiccionales a nivel de tribunales de cierre como los tres Colombianos aquí reseñados, de modo que se pueda observar en conjunto como los derechos y garantías reconocidos por la Constitución de 1991 han cumplido su misión unificadora de una jurisprudencia novedosa y cambiante pero siempre inspirada sobre todo en la necesidad de promover, humanizar y actualizar los valores supremos de la justicia moderna como el respeto de la dignidad humana, la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la congruencia y la doble conformidad en el proceso penal.

Los artículos que integran esta obra fueron minuciosamente redactados y compilados por el equipo editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de

Bogotá con el apoyo del Bibliotecólogo Javier CELIS GÓMEZ, quien merece nuestro mayor reconocimiento para el intenso trabajo realizado incluso por fuera de los horarios de trabajo habituales. Los editores esperan que esta publicación sea objeto de un amplio debate académico por parte de la comunidad jurídica colombiana e hispanoamericana, ésta última con el potencial de comparar la experiencia de nuestro país con la propia y extraer conclusiones sobre los caminos que recorre el derecho al servicio de sociedades hermanas.

PRESENTACIÓN

HERNANDO HERRERA MERCADO

LEONARDO BELTRÁN RICO

Corporación Excelencia en la Justicia

La Corporación Excelencia en la Justicia –CEJ– es una organización que se ha caracterizado por promover, en sus 25 años de existencia la independencia, la seguridad jurídica, la probidad y la idoneidad de los operadores jurídicos de todo nivel; así mismo ha liderado iniciativas que buscan resaltar las buenas prácticas en el ejercicio del derecho, la transparencia en la elección de los altos dignatarios del sector justicia, y exigir de aquellos la rendición de cuentas y el debido ejercicio de sus funciones. La labor de la CEJ se ha extendido, de igual manera, a la promoción de marcos normativos y regulaciones que persiguen la eficacia del servicio de Justicia en nuestro país.

En otra área de trabajo fundamental, la CEJ se ha encargado de promover transformaciones tendientes a destacar buenas prácticas en el sector. Un ejemplo de esto último lo constituyen los Premios Excelencia en la Justicia y la Cumbre Judicial, evento que se realiza en sesión especial con asistencia del presidente de la República, los presidentes de las Altas Cortes, el Fiscal General, el Procurador General, el Contralor General, y el Registrador; este, sin lugar a dudas, es un espacio sin parangón en el cual los máximos representantes de la Rama Judicial y la institucionalidad, a instancias de la CEJ, presentan un balance anual de su gestión de cara a la ciudadanía.

Sumado a lo anterior, y como centro de pensamiento líder en materia de justicia, la CEJ se ha encargado, por un lado, de crear espacios para debatir propuestas de reforma a la justicia (concertadas entre la ciudadanía y el gobierno a nivel central y regional), y, por

otro, de publicar y difundir documentos de investigación con un alto protagonismo intelectual, y con clara postura frente a hechos que merecen análisis, denuncia y reconocimiento.

La CEJ también ha intervenido como veedor de los procesos de elección de los altos dignatarios de la Justicia, siempre abogando por la transparencia en dichos procesos y por la probidad de los operadores de la rama judicial y de los organismos de control.

De otro lado, la CEJ realiza una importante gestión en materia de seguridad jurídica, en beneficio de reglas claras y predecibles para el sector productivo y las empresas, y en defensa de la coherencia en la jurisprudencia y la legislación a ese respecto.

En el contexto antes descrito, y dada esa especial coyuntura en la que confluyen simultáneamente los 25 años de la CEJ, y los 30 de la Constitución Política de nuestro país, la academia, en cabeza de la Pontificia Universidad Javeriana, y la Corporación Excelencia en la Justicia – CEJ, hemos querido unirnos para resaltar la importantísima labor que se viene realizando desde el sector judicial, y más concretamente desde las altas cortes, en orden a satisfacer el interés de la ciudadanía por obtener pronta, adecuada y, sobre todo, calificada justicia para sus conflictos y desavenencias.

Diríamos entonces que esta obra, sin igual en el continente, tiene como propósito principal recoger, en tres (3) tomos, la visión especializada y actualizada de los juristas más importantes de nuestro país (algunos de ellos incluso todavía vinculados a la rama), en torno a las problemáticas y el quehacer judicial propio de los procesos y acciones que se adelantan ante las máximas corporaciones de la rama judicial; esto es, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

Así, y en lo que atañe al capítulo dedicado a las acciones ante el Consejo de Estado (Tomo I), el lector podrá aproximarse a contenidos que, con estricto rigor jurídico y una profundidad que es propia de quienes conocen verdaderamente la materia, muestran de qué manera han evolucionado en nuestro ordenamiento jurídico conceptos tales como el derecho fundamental de acceso a la justicia, e igualmente cómo se viene ejerciendo control judicial a la acción administrativa o de la administración.

No está demás resaltar que a partir de esa visión jurisprudencial de avanzada (representada en cada una de las sentencias proferidas por este alto tribunal), ha sido posible materializar transformaciones legales de gran importancia para nuestro país, tales como la que precisamente dio lugar a la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 2080 de 2021.

Y qué decir de la labor que en esa misma materia, esto es, la administración de justicia, ha venido cumpliendo la Corte Suprema de Justicia (Tomo III); el aporte de sus decisiones en la resolución de conflictos de alta complejidad ha sido inconmensurable, no sólo por lo que representa para cada uno de los sujetos que interviene en los procesos (cuestión que de suyo es de por sí notable), sino, especialmente, por el impacto que cada una de ellas tiene de cara a la necesidad de preservar y garantizar el principio de seguridad jurídica, sobre el cual debe fundarse cualquier Estado que pretenda denominarse a sí mismo como “de derecho”.

Finalmente, mal podríamos dejar de lado, o por fuera, el ejercicio que se viene realizado desde la Corte Constitucional (Tomo II); esta corporación, desde sus inicios en 1991, se ha venido consolidando como la guardiana por excelencia de nuestra Constitución, y, adicionalmente, en la promotora de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

A partir de sus decisiones se han venido generando transformaciones en diferentes ámbitos de nuestra sociedad, que van desde la mera relación individual que surge entre un sujeto y otro por razón de un vínculo laboral, hasta aquellas otras que les dan piso y viabilidad a decisiones adoptadas por el Ejecutivo y el Legislativo.

Así, pues, esperamos puedan disfrutar cada capítulo, párrafo e historia descrita en esta obra; para nosotros, como gestores de un proyecto de avanzada como éste, nos queda la inmensa y excepcional satisfacción de haber logrado congregarnos, en un solo momento histórico, a lo más selecto de la justicia en nuestro país; a todos los magistrados y exmagistrados que participaron en el proyecto, nuestro profundo agradecimiento por su incondicional generosidad y colaboración, y, por supuesto, por el aporte que ahora hacen al país, a la academia y a la justicia.

INTRODUCCIÓN

LOS PROCESOS JUDICIALES ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

NILSON PINILLA PINILLA*

En lo atinente a la Corte Constitucional, la introducción fue encomendada a Nilson Pinilla Pinilla, ex presidente de dicha corporación y de la Corte Suprema de Justicia, abogado javeriano, especializado en Ciencias Penales y Penitenciarias (Universidad Nacional de Colombia), M Phil en Criminología (Cambridge University), ex subgerente del Banco de la República, catedrático universitario); y Andrés Mutis Vanegas, abogado javeriano, especialista en Derecho Administrativo (Universidad del Rosario), magister en Asuntos Públicos (University of Texas at Austin), ex Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, al igual que para la Contratación Estatal e integrante de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. También fue magistrado auxiliar, secretario general (e) y magistrado (e) de la Corte Constitucional, subdirector de Análisis Estratégico de UIAF, consultor de PNUD ante el Ministerio de Hacienda y director de Derecho Público de la Fundación Social, y ha sido catedrático universitario desde 1994.

La Pontificia Universidad Javeriana y la Corporación Excelencia en la Justicia, CEJ, nos han honrado al invitarnos a efectuar la introducción de esta encumbrada antología, colección que reúne calificados razonamientos de insignes estudiosos sobre

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, 1968), especializado en Ciencias Penales y Penitenciarias en la Universidad Nacional de Colombia (1971), M Phil en Criminología de Cambridge University (1986). Fue Juez Penal y de Instrucción Criminal en Bogotá 5 años, trabajó en el Banco de la República durante 20 años y después laboró 8 años como Magistrado de la Sala Penal (Presidente en 1995) de la Corte Suprema de Justicia (Presidente en 2000), y luego de la Corte Constitucional (Presidente en 2009).

el funcionamiento del más elevado nivel de preservación de la Constitución Política de 1991, la cual, según se anunció, cimentaría una democracia real y conduciría al ciudadano a ser participativo y a aportar a la preservación del orden político, económico y comunitario justo y a la defensa de los principios fundamentales del Estado social de derecho.

Este tercer capítulo analiza los procesos cuya decisión se atribuye a la Corte Constitucional, instituida en la carta de 1991 como un tribunal especializado para el conocimiento de los temas constitucionales, siguiendo, como en muchos otros aspectos, el entonces reciente ejemplo de la Constitución española de 1978. Este alto tribunal es así la cabeza de la jurisdicción constitucional, que por lo demás se encuentra conformada por todos los jueces y tribunales del país, en la medida en que la materia constitucional no es ya una especialidad, sino una materia transversal, llamada a permearse todos los temas y campos del derecho.

En esta línea, la creación y el trabajo desarrollado por la Corte Constitucional por ya casi tres décadas ha significado, pese a la larga deuda de aplicación aún existente, la más vívida experiencia posible del texto constitucional alcanzada por la ciudadanía colombiana.

El control constitucional abstracto se ha vigorizado y diversificado, al tiempo que el control concreto, principalmente a través de la revisión de acciones de tutela, ha procurado lograr la vivencia más efectiva posible de los principios y valores del Estado social de derecho y de las promesas e intenciones del preámbulo constitucional, llegando ambos a influir sobre temas y controversias antes nunca imaginadas. Estas circunstancias hacen especialmente relevante el análisis de las distintas competencias atribuidas a la Corte Constitucional, y de las principales innovaciones, avances, y quizás también retrocesos, generadas por su ejercicio, durante los convulsos últimos años del siglo XX y primeras décadas del XXI.

La conflictividad que inherentemente deviene de la interrelación humana, más elevada en una nación inequitativa y de mezquina tendencia individualista, donde usualmente lo que importa es acrecer la propia ventaja, acarrea la enmarañada institucionalización y el abuso de cantidad de procedimientos judiciales en múltiples acciones civiles, de familia, agrarias, administrativas, laborales, penales, de tutela, de cumplimiento,

populares, de grupo y de repetición, todo ello sometido a la intangible supremacía constitucional.

Muchas de esas acciones, por su índole original o luego de recursos, competen al máximo órgano de la jurisdicción respectiva y, en grado básico, a la Corte Constitucional, lo cual debería conducir a la más certera decisión y converger hacia la unificación de la jurisprudencia, que de suyo fue devaluada en la Constitución colombiana al ubicarla, no como fuente material de derecho, sino como simple criterio auxiliar de la actividad judicial, al mismo nivel de la doctrina (artículo 230 Const.), lo que se previó para realzar la independencia de los jueces, que “en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, directriz muy atinada si no conduce al sacrificio de la ecuanimidad, de la seguridad y de la igualdad ante la ley y ante la administración de justicia.

Con todo, desde sus inicios la Corte Constitucional se ha esforzado por interpretar esta norma en reivindicación de la importancia de la jurisprudencia, suya y también de los demás órganos de cierre, como una verdadera fuente de derecho, relevante para la solución de los conflictos interpersonales.

Es claro que la carta política colombiana instituyó, en su artículo 4º, que la Constitución es norma de normas y que, en consecuencia, son sus preceptos los que se aplicarán en todo caso de incompatibilidad que surgiese, frente a los de una ley u otra norma jurídica. Emerge de allí un notable grupo de funciones jurisdiccionales, generadoras de acciones que han de ser consideradas y decididas al más alto nivel, como se enuncia a continuación, someramente en la imposibilidad de abordar más y profundizar en una introducción, sencilla y breve por amable solicitud expresa de los editores.

Se trata fundamentalmente del *Control de Constitucionalidad*, para preservar la supremacía de los preceptos contenidos en la propia carta política y en los “tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción” (“bloque de constitucionalidad”, artículo 93 Const.).

La guarda de esa integridad e indemnidad se encuentra esencialmente encomendada a la Corte Constitucional, según lo

indicado en el artículo 241 superior, primero siendo facultad de todos los ciudadanos promover demandas de inconstitucionalidad contra los actos que la reformen (función 1ª), únicamente “por vicios de procedimiento en su formación”, limitación que así mismo está instituida para el control automático de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente (función 2ª), o en la convocatoria y realización de plebiscitos del orden nacional (función 3ª).

Tal limitación a los vicios de procedimiento, “en los estrictos y precisos términos de este artículo” (241 Const.), tiene un fundamento obvio, pues todo cambio en la preceptiva vigente devendría inexecutable por contrariar el texto anterior, conllevando la obtusa inconsecuencia de no poder transformarse, petrificándose el Estado y la sociedad, para evitar lo cual los actos legislativos, la convocatoria a referendo o a Asamblea Constituyente y la consulta popular, solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos procedimentales establecidos en el Título XIII de la Constitución, sobre su reforma (artículo 379 Const.).

Sin embargo, hizo carrera en la Corte Constitucional de Colombia, como en entidades de función análoga en otras naciones, la teoría de la sustitución de la Constitución, según la cual únicamente el pueblo, como constituyente primario en quien reside la soberanía, puede cambiar fundamentos estructurales del Estado social de derecho; una variación de sus bases esenciales no está simplemente modificando la Constitución, sino sustituyéndola de raíz o en alguno o varios de sus acápites y ello no lo puede realizar el Congreso, por ser apenas constituyente secundario o derivado.

La arrogación de funciones está a la orden del día en un Estado con mandamases codiciosos, proclives a no respetar las estructuras esenciales, la separación de poderes, la prevalencia del interés general, la convivencia pacífica, la ecuanimidad, la igualdad y la efectividad de los principios y derechos.

Por ello, tal teoría de la sustitución de la Constitución fue bienvenida y aplaudida en varios sectores, por contrarrestar exabruptos del legislador ascendido a constituyente, pero también se la ha cuestionado como extralimitación de las facultades de la Corte, entre otras razones al no precisarse previamente cuáles son

esas bases esenciales que no puede variar el Congreso, que sí es de conformación “democrática”.

La Corte Constitucional fue manifestándose en ese derrotero, siendo de observar sentencias como la C-551 de 2003 (julio 9, M.P. Eduardo Montealegre Lynett), que estimó natural excluir de control el contenido material de una reforma constitucional, pero la restricción contemplada en el artículo 379 de la carta política no conlleva dejar de considerar otras normas superiores, ni reducir el estudio a cuestiones de mero trámite.

También la sentencia C-1200 de 2003 (diciembre 9, Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil), que a pesar de ser inhibitoria (ver salvamento de voto del M. Jaime Araujo Rentería), abordó la distinción entre el poder constituyente en sentido estricto y el poder de reforma; y C-970 de 2004 (octubre 7, M.P. Rodrigo Escobar Gil), la cual así mismo distinguió entre el poder constituyente primario del pueblo y los poderes constituidos, como el de reforma, que no puede incluir una sustitución de la Constitución.

Las salvedades abundaron, como en la sentencia C-1040 de 2005 (octubre 19, con seis magistrados ponentes y cuatro salvamentos de voto), que declaró exequible la parte principal del A. L. 02 de 2004, orquestando la reelección inmediata del Presidente de la República, no obstante referir cuán necesario es precisar los elementos esenciales que definen la identidad de la Constitución, para concluir si una reforma alcanzó realmente a sustituirla; y C-588 de 2009 (agosto 27, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), que con cuatro salvamentos de voto declaró inexecutable la totalidad del A. L. 01 de 2008, que establecía adiciones al artículo 125 superior.

La trascendental sentencia C-141 de 2010 (febrero 26, M.P. Humberto A. Sierra Porto), mediante la cual fue declarada inexecutable la ley 1354 de 2009 (“Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”, objeto de control automático), que además de desmontar la tentativa de tercer período para el mismo jefe de Estado, distinguió el poder del constituyente originario, el pueblo, con ejercicio pleno de actos fundacionales, del derivado, secundario o de reforma.

La C-574 de 2011 (julio 22, M.P. Juan Carlos Henao Pérez) acotó que la sustitución puede ser total, parcial, permanente o temporal,

presentándose frente a principios estructurales o axiales de la arquitectura constitucional; y la C-249 de 2012 (marzo 29, M.P. Juan Carlos Henao Pérez) reprochó como fraude a la Constitución sustituir tácitamente sus principios estructurales.

En imposibilidad de completar la reseña de tantas providencias sobre este descollante tema, adiciónese por ahora solo la sentencia C-053 de 2016 (febrero 10, M.P. Alejandro Linares Cantillo), mediante la cual la Corte Constitucional, con una sola aclaración de voto y a pesar de haberse inhibido de emitir pronunciamiento de fondo respecto de la exequibilidad de los artículos 14 a 19 del Acto Legislativo 02 de 2015, reformativo de la carta política en procura de “equilibrio de poderes y reajuste institucional”, recapituló que deben fijarse las etapas del examen de sustitución de la Constitución, para prevenir los riesgos de subjetivismo, asociados a la inexistencia de referentes positivos y precisos, que expliquen cuándo una modificación de la carta política tiene tal alcance.

A partir del análisis de estos y otros importantes temas, el presente capítulo incluye entonces reflexiones pertinentes a la hora de hacer un balance de la labor desarrollada por la Corte Constitucional, en relación con los distintos medios de control a su cargo, entre ellos la ya centenaria acción pública de inconstitucionalidad, el control automático de los decretos dictados durante los estados de excepción, ambos remozados dentro del nuevo contexto del Estado social de derecho, y la más reciente y rutilante acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales, que a esta altura podría considerarse, al mismo tiempo, relativamente decantada y madura, pero siempre en posibilidad de ser mejor acotada y más prudencialmente aplicada por los jueces constitucionales.

Así, es muy valioso reanudar el análisis serio sobre la *Acción de Tutela*, gran conquista de la Constitución de 1991 como vía expedita de acceso del habitante nacional a la administración de justicia, que en paralelo al logro de notables y valiosas decisiones protectoras, antes impensables, ha sido lamentablemente distorsionada, especialmente al utilizársela contra providencias judiciales, particularmente en desbordamiento de lo determinado en la sentencia C-590 de 2005 (junio 8, M.P. Jaime Córdoba Triviño), que contrarió la cosa juzgada constitucional derivada de la sentencia

C-543 de 1992 (octubre 1, M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y readmitió la acción de tutela contra decisiones judiciales, dando lugar a que se abuse de ella, al aducir la artificiosa conculcación de algún derecho fundamental, como el debido proceso, que engendre dilaciones a manera de fictas impugnaciones adicionales, para embrollar la ejecutoria de las providencias.

Con este propósito, fueron aportadas a esta composición exploraciones actualizadas sobre el control automático de constitucionalidad, el control sobre actos reformatorios de la Constitución y la acción de tutela, elaboradas por los ex presidentes de la Corte Constitucional Jaime Araújo Rentería, Luis Guillermo Guerrero Pérez y José Gregorio Hernández Galindo, respectivamente, y por el actual Magistrado del mismo tribunal, Jorge Enrique Ibáñez Najar, en torno al incidente de nulidad admitido por la jurisprudencia contra las decisiones de revisión de tutelas.

De igual manera son incluidos los certeros estudios de otros juristas que están o estuvieron vinculados con esa alta corporación, entre ellos Andrés Mutis Vanegas (el control de constitucionalidad sobre decretos con fuerza de ley dictados con fundamento en las facultades extraordinarias), Claudia Escobar García (el control de constitucionalidad sobre decretos expedidos con fundamento en los estados de excepción) y Miguel Polo Rosero (los conflictos de competencia), destacando además la muy pertinente reflexión de Hernando Herrera Mercado, Director Ejecutivo de la CEJ, cogestora de esta edición, sobre la acción pública de inconstitucionalidad frente a las leyes.

A buena hora la Pontificia Universidad Javeriana y la Corporación Excelencia en la Justicia, CEJ, propiciaron el acopio de estos excelentes enfoques sobre la indemnidad y supremacía de la Constitución, mediante las acciones de inconstitucionalidad, los controles automáticos y la protección de los derechos fundamentales de todo ser humano, los cuales serán de inmenso provecho para todos los estudiosos de tan importantes materias.

CAPÍTULO I

EL CONTROL AUTOMÁTICO DE CONSTITUCIONALIDAD

JAIME ARAUJO RENTERÍA*

Sumario: 1. MARCO NORMATIVO. 2. ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y GUARDA DE LA CONSTITUCIÓN. 3. MATERIAS PROTEGIDAS. 4. FORMAS DE PROTECCIÓN. 5. CONTROL SOBRE NORMAS O ACTOS. 5.1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR UN ÓRGANO POLÍTICO. 5.2. EL CONTROL JURISDICCIONAL. 5.2.1. *La justicia constitucional*. 5.2.1.1. Orígenes históricos. 5.2.1.2. Control de constitucionalidad concentrado. 5.3. MEZCLA DE MODELOS. 6. SUSPENSIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. 7. ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL. 7.1. NORMAS Y PRINCIPIOS QUE REGULAN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN. 7.2. DERECHOS HUMANOS QUE NO PUEDEN SUSPENDERSE. 8. LA SENTENCIA DE LA CORTE SOBRE DECLARATORIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN; POR COVID-19. 9. CONCLUSIONES. 9.1. DISTINGUIENDO. 10. BIBLIOGRAFÍA.

1. MARCO NORMATIVO

El denominado control automático de constitucionalidad, tiene en el derecho colombiano, básicamente, el siguiente marco normativo: La propia constitución en sus artículos 241 numeral 7, 212, 213, 214 y 2015, etc; el bloque de constitucionalidad, en sentido amplio, de tratados y convenios de derechos humanos en cuanto

* Ex-presidente Corte Constitucional de Colombia, Litigante y Docente en derecho público.

regulan los denominados estados de excepción; la ley 137 de 1994 estatutaria de los estados de excepción y el decreto ley 2067 de 1991, así como la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional y de los Organismos internacionales.

2. ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y GUARDA DE LA CONSTITUCIÓN

Este tipo de control es usado por la corte constitucional para controlar la declaratoria de los denominados estados de excepción y los decretos leyes dictados como consecuencia de la misma. Doctrinariamente, esta situación se presenta como una modalidad de la suspensión de la constitución, que se caracteriza por que, en situaciones críticas, ciertas normas de la constitución, que siguen siendo válidas, suspenden su vigencia y no se aplican. Siguen siendo válidas, pero su aplicación se suspende durante un tiempo, lo que la diferencia de la derogatoria de normas constitucionales, que si salen del orden jurídico.

Esta modalidad de control de constitucionalidad, busca proteger o amparar la supremacía de la constitución como máxima norma jurídica. ¿Como garantizar que una norma de inferior jerarquía a la constitución se ajuste a ella?, el orden jurídico tiene dos maneras de hacerlo: una; haciendo personalmente responsable al órgano que crea una norma ilegal; por ejemplo, el artículo 149 de la constitución colombiana que establece: *Artículo 149*. Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes, o el numeral quinto del artículo 215 de la constitución que dice: 5. El presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.

En estos casos se hace responsable personalmente al órgano que viola la constitución o crea una norma ilegal.

La otra es que el sistema jurídico puede establecer un procedimiento y un órgano encargado de examinar la conformidad de la norma de inferior jerarquía con la superior, pudiendo la primera ser eliminada del orden jurídico o abolida si se encuentra que no concuerda con la segunda.

El sistema jurídico, puede combinar ambos procedimientos, haciendo responsable al órgano que viola la norma de superior jerarquía y estableciendo un procedimiento para expulsar del orden jurídico la norma que viola a la de superior jerarquía.

El análisis y la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, por violar la norma de superior jerarquía, esto es la constitución, puede tener lugar de distintas maneras. Una, es autorizar que el órgano que tiene que aplicar la ley en un caso concreto pueda también examinar su inconstitucionalidad y negarse aplicarla en ese caso, si encuentra que viola la constitución. Cuando este poder se entrega a los tribunales, se dice que existe una revisión judicial de la legislación. Este examen de la ley puede ser iniciado por el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en el caso en que la ley ha de ser aplicada. Si encuentra que viola la constitución, no aplica la norma en ese caso concreto, pero queda válida para todos los demás casos concretos; esto es permanece válida y aplicable a otros casos; lo que puede generar decisiones contradictorias. La regla general es que todo órgano aplicador del derecho tiene la facultad de negarse a aplicar leyes inconstitucionales; este principio, está consagrado explícitamente en el sistema jurídico colombiano que dice: "*Artículo 4º. La Constitución es norma de normas en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*". Esta regla general debe aplicarse a menos que el sistema jurídico contenga una norma explícita en contrario. Ora presunción es que el órgano encargado de aplicar la ley, debe investigar, si lo que va a aplicar, es en realidad una ley. Esta facultad puede ser restringida a algunos aspectos fundamentales de la ley; como, por ejemplo, verificar exclusivamente, si fue expedida por el órgano competente. Si se restringe de esta manera y el órgano encargado de aplicar la ley verifica que fue expedida por el órgano competente, ya no tendría ningún derecho para poner en discusión la constitucionalidad de la ley, y deberá aplicarla.

Se puede otorgar un poder ilimitado de examinar si la ley es constitucional, por un sólo órgano y autorizarlo para anular la ley inconstitucional; no sólo en un caso concreto, sino también de forma general, para todos los casos. Cuando un Tribunal Supremo, se rehúsa a aplicar la ley a un caso concreto, por considerarla contraria a la constitución, dándole a tal decisión el carácter de precedente, obliga a todos los otros órganos de aplicación del derecho, incluidos los tribunales a que no apliquen más la ley contraria a la constitución. La ley sigue siendo válida pero inaplicable en todos los casos.

La facultad de declarar las leyes contrarias a la constitución; inconstitucionales, puede ser dada de manera más o menos exclusiva a un tribunal constitucional, quedándole a los otros tribunales o jueces, la función de pedir al tribunal constitucional, el estudio de las leyes que deben aplicar, pero que consideran contrarias a la constitución. Este método de revisión centraliza en el tribunal constitucional la revisión judicial de la legislación.

El que se establezca un guardián de la constitución, que pueda anular la ley expedida por el órgano legislativo, es una restricción del poder del parlamento, por esta razón es que se dice que los guardianes de la constitución son verdaderos legisladores negativos, mientras que el Congreso es el legislador positivo (en realidad el parlamento el legislador positivo y negativo, ya que puede crear la ley y anularla); la existencia del guardián de la constitución plantea permanente conflictos entre el legislador negativo y el legislador positivo. Con el fin de disminuir estos conflictos es que los jueces integrantes del tribunal constitucional, normalmente, se eligen de una manera distinta a como se escogen los jueces de la jurisdicción ordinaria; esto es con la intervención de los órganos de representación política, gobierno y parlamento.

3. MATERIAS PROTEGIDAS

La constitución es un instrumento, que recoge la cosmovisión de sus creadores; al proteger la constitución, se está protegiendo indirectamente ese proyecto político. Por eso su defensa tiene carácter homogéneo y total: defender un tipo de estado concreto, por ejemplo, el estado capitalista. Es posible también que la propia normativa constitucional, ponga énfasis en la protección de uno

de los elementos que integran el estado: el territorio, la población o el gobierno; o en su soberanía frente a los otros estados (ejemplo C. mexicana de 1917 artículo 31.3). En un estado federal, el control de constitucionalidad tiene como uno de sus objetivos definir las relaciones (o competencias) entre el poder central y el poder de los estados. Otro elemento, que se protege a menudo, con el control de la constitucionalidad, son las libertades civiles o derechos fundamentales especialmente la propiedad y la libertad. en un primer momento el énfasis se puso en la defensa de la propiedad privada, después, en la defensa de la libertad y modernamente en la búsqueda de la igualdad.

4. FORMAS DE PROTECCIÓN

Las constituciones pueden establecer instrumentos técnicos para su protección, como su rigidez o cláusulas pétreas que impidan su modificación; o versar sobre órganos y procedimientos dirigidos a garantizar la constitución frente a otros órganos o sobre los actos de otros órganos.

Instrumentos de protección técnicos

La propia constitución prevé una serie de instituciones para su protección, como el estado de excepción, de sitio, de guerra, conmoción o de necesidad, que son mecanismos de tutela de la constitución, cuando ésta se encuentra en peligro de perecer como un todo.

Los límites que establece la constitución a su reforma, o la rigidez para poder efectuarla, son instrumentos técnicos de protección de la constitución. También se proteger la constitución, contra las acciones de los gobernados que pretendan modificar el régimen constitucional, elevando esas conductas a la categoría de delitos: son los delitos políticos (rebelión, sedición y asonada).

5. CONTROL SOBRE NORMAS O ACTOS

Los actos de inferior jerarquía que la constitución, pueden ser sometidos a la comprobación de si se sujetan o no a ella. El órgano

encargado de esta verificación y de adoptar las medidas en caso de que no se ajusten, garantiza la supremacía de la constitución y puede ser un órgano de orientación política o un órgano judicial; en el primer evento estaremos ante un control de constitucionalidad ejercido por un órgano político; en el segundo, ante un control jurisdiccional.

5.1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR UN ÓRGANO POLÍTICO

Es posible que el órgano político encargado de verificar la constitucionalidad, sea el mismo encargado de hacer la ley, o el encargado de ejecutarla. El control de constitucionalidad por parte del órgano político encargado de hacer la ley, es consecuencia de la tesis de la soberanía del parlamento. En esta clase de control, corresponde al propio parlamento, decidir si la ley que está elaborando, se ajusta o no a la constitución. Este control tiene carácter preventivo y se produce en el momento de deliberar una propuesta de ley. Planteada la cuestión previa de inconstitucionalidad, el cuerpo legislativo decide si es o no constitucional. Con este sistema, el legislador es juez y parte: juez para juzgar si se viola la constitución y parte que hace la ley violatoria de la misma.

El control de constitucionalidad por parte del órgano político encargado de ejecutar la ley, se presenta también, cuando se le da al jefe del ejecutivo la facultad de vetar los proyectos de ley que considere contrarios a la constitución (ejemplo artículos 165-167 C.p. Colombiana). esta es una forma de garantizar la supremacía de la constitución.

5.2. EL CONTROL JURISDICCIONAL

Como su nombre lo indica es el realizado, por un órgano judicial sobre los actos de otros órganos, de inferior jerarquía a la constitución (actos jurídicos generales como leyes o decretos; o actos jurídicos particulares, violatorios de la constitución).

5.2.1. *La justicia constitucional*

La idea de la justicia constitucional, está relacionada con la de constitución como fuente superior del ordenamiento jurídico.

Más concretamente como defensa de la constitución y como exigencia propia del constitucionalismo de que el poder público sea controlado; es también un mecanismo de protección de la propia constitución. Existen varias manifestaciones de la justicia constitucional y normalmente el guardián de la constitución es también un órgano constitucional. Son múltiples las atribuciones que se conceden al guardián de la constitución; sin embargo, dentro de las más importantes está la garantía de la supremacía de la constitución y la protección de los derechos. Como quiera que los derechos encuentren su fundamento máximo también en la constitución, las dos funciones más importantes se reducen a una sola: la protección de la constitución.

5.2.1.1. Orígenes históricos

Se pueden encontrar antecedentes de la superioridad de la ley fundamental en Grecia, donde ya existía la idea de una ley superior a todas las demás: los Nomoi, que era la regla suprema de la colectividad, que no podía ser modificada por normas de inferior jerarquía como los decretos, denominados psefismata. En Esparta los efori, tenían como fin garantizar y preservar las leyes fundamentales de Esparta, así lo había querido Licurgo.

El moderno concepto de justicia constitucional, se origina con las revoluciones burguesas especialmente la americana y la francesa; donde el máximo poder político, la soberanía, se ha arrebatado al monarca y se ha trasladado al gobernado, llámesele pueblo o nación. El soberano, es también el titular del poder constituyente, poder originario, eficaz e ilimitado, que da la constitución y que crea unos poderes constituidos, por lo mismo derivados y limitados. De ahí surge la necesidad de controlar la constitucionalidad de los poderes delegados para que respeten la constitución establecida por el poder constituyente.

El propio Emmanuel SIEYES propuso un guardián para la constitución francesa de 1795 (propuesta que no fue acogida), cuando dijo: “una constitución es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada. Si es un cuerpo de leyes ¿Me pregunto dónde estará el guardián, donde estará la magistratura de este código?... ¿un olvido sobre este punto sería inconcebible cuanto ridícula en el orden civil; porque debemos tolerarla en el orden político?... ¿Quién

ha sido nombrado para recoger los recursos contra la violación de la constitución? ¿La magistratura civil les parece podrá desarrollar esta alta misión? ¡No, no se puede desconocer tanto la importancia del acto constitucional para reducirlo a ser nada más que un título del código civil!”.

El control de constitucionalidad de la ley, encuentra mayor fortuna en estados unidos de América en la célebre sentencia del juez John Marshall de 1803; cuyo fundamento en la parte pertinente se esboza aproximadamente de la siguiente manera: “o la constitución es una ley superior no modificable por medios ordinarios; o es similar a los actos legislativos ordinarios y, como tales, siempre modificable por el poder legislativo” y concluye el juez Marshall “si la primera parte de esta proposición alternativa es verdadera, entonces un acto legislativo contrario a la constitución no es una ley” y más adelante dice en otra parte “si las Cortes deben tener cuenta de la constitución, y si la constitución es superior a todo acto ordinario del poder legislativo, la constitución, y no el acto ordinario, debe ser aplicada” siempre que surja una contradicción o antinomia entre ley ordinaria y constitución.

La Corte Suprema de estados Unidos afirmaba el principio según el cual una ley contraria a la constitución es ineficaz y que la corte como cualquier otro órgano del gobierno, están obligadas a observar la constitución.

“En opinión de Marshall, la autorización para invalidar decretos legislativos surgía del hecho mismo de la existencia de una constitución escrita, que señalaba obligaciones y derechos específicos y definidos a los diversos organismos del gobierno”. Si los tribunales han de considerar la constitución, y la constitución es superior a cualquier decreto ordinario del congreso, es la constitución y no un decreto el que ha de regir en el caso al cual ambos se aplican... Los partidarios de Jefferson no estaban de acuerdo en que un organismo de funcionarios designados decidiera, no sólo de manera coordinada sino también definitiva, acerca de lo que era o no era constitucional...”¹.

Thomas Jefferson, uno de los creadores de la constitución, que siempre se opuso al control por parte del órgano jurisdiccional,

¹ BELOFF, Max. *Thomas Jefferson*. Mexico: Edit Limusa-Wiley, 1966, p. 179.

volvió a reiterar su posición a raíz del fallo dado por el mismo juez Marshall en el litigio, *McCulloch vs Maryland* (1819). El hecho de que la magistratura no fuese electa por la nación y sí independiente de ella, bastaba para condenarla. Jefferson dijo entonces: “Según esta hipótesis la constitución es una mera cosa de cera en manos del poder judicial, a la que este puede torcer, dándole la forma que le plazca. Deberá recordarse, como axioma de perdurable verdad en política, que un poder independiente, cualquiera que sea, en cualquier gobierno, es también absoluto; al principio en teoría, mientras al ánimo del pueblo está excitado, pero, de hecho, tan pronto se calme. Solamente puede confiarse la independencia al pueblo en masa. Es inherentemente independiente de todo, salvo de la ley moral”².

En el período entre la primera y la Segunda guerra Mundial la constitución austriaca, que es una de las constituciones denominadas racionalizadas, pues buscaba racionalizar la forma de gobierno parlamentaria; instituye un órgano dirigido a garantizar el principio de supremacía de la constitución. Es el inicio de los famosos tribunales constitucionales, que prevé un control de constitucionalidad de tipo centralizado, de carácter abstracto, en vía de acción, y con efectos constitutivos. El tribunal constitucional austríaco, anula la ley con efectos *erga omnes* y con eficacia *ex nunc*, o sea para el futuro. La corte constitucional podía fijar un término, inicialmente no superior un año, para que la ley declarada inconstitucional, continuara con su vigencia (artículo 140, inciso tercero del texto original), esto con el fin de que el legislador pudiera dictar la ley que reemplazaba a la declarada inconstitucional (el plazo se extendió después a 18 meses, como está hoy). Era un control abstracto de constitucionalidad pues no está vinculado a la aplicación de la norma a un caso concreto y la acción era concedida a un número estrecho de titulares en 1929 se amplía la titularidad de la acción de inconstitucionalidad a la corte suprema y a la corte justicia administrativa, pues se considera que la cuestión de inconstitucionalidad es relevante para resolver los casos jurídicos de competencia de estas Cortes.

El control judicial puede hacerse antes de que la ley sea promulgada (control previo de constitucionalidad); o en una

² BELOFF, Max. *Thomas Jefferson*, *ibidem*, p. 211.

fase posterior a la promulgación de la ley (control posterior de constitucionalidad, incluido el automático que estamos analizando). El hecho de que la constitucionalidad de una ley, pueda cuestionarse antes de su promulgación o antes de su vigencia, demuestra que el juicio de constitucionalidad, es un juicio sobre la validez de la norma jurídica y no un juicio sobre su vigencia o sobre su eficacia.

El control de constitucionalidad judicial, puede ser difuso o concentrado: en el primer caso se atribuye el control de la conformidad de la ley a la constitución a todos los jueces; en cambio en el concentrado asigna la función de la conformidad de la ley a la constitución a un solo juez o corte. En el difuso los jueces antes de aplicar la ley al caso concreto, pueden verificar si está ley viola o no la constitución y en caso de que la considere violatoria de ella, deja de aplicar la ley; su poder no llega hasta anular la norma, si no en desaplicarla en ese caso concreto en este modelo, otro juez durante otro procedimiento judicial puede plantearse el mismo interrogante y llegar a una conclusión distinta; que la norma está conforme con la constitución, lo que origina sentencias contradictorias, que lesionan la certeza jurídica. Sin embargo, donde existe el sistema del *stare decisis*, o sea, del precedente judicial vinculante, para los jueces de inferior competencia, que deben respetar las sentencias emitidas por las cortes de superior competencia, el peligro se aminora. Sin embargo, la norma jurídica nunca es anulada; simplemente ya no puede aplicarse más.

Este es un ejemplo, de falta de eficacia de una norma jurídica, que destruye la validez de esa norma jurídica. El modelo de control jurisdiccional difuso se originó y encuentra en el orden jurídico de los estados unidos de Norteamérica. Se caracteriza por ser un control incidental de constitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad puede ser impetrada por una de las partes del proceso, o por el propio juez de oficio; tiene carácter concreto, y por lo mismo sólo produce efectos inter partes, esto es, que la eficacia de la decisión de inconstitucionalidad vale sólo en relación con las partes del proceso concreto; es declarativa ya que se limita a revelar la nulidad preexistente de la norma inconstitucional, lo que hace que sus efectos sean *ex tunc*, esto es desde el momento en que la norma entró en vigor; es también, un control sucesivo, pues ya la norma jurídica se encuentra vigente. En Colombia existe por

mandato del artículo 4 de la constitución y es mucho más difuso, ya que pueden hacerlo los funcionarios administrativos al momento de aplicar la ley, además de los jueces y siempre que no haya existido fallo sobre ella por vía de acción, con efectos erga omnes

5.2.1.2. Control de constitucionalidad concentrado

Como su nombre lo dice el control jurisdiccional de las normas de inferior jerarquía a la constitución es asignado un sólo órgano; es un control que se ejerce en vía principal (se ejerce una acción específica de inconstitucionalidad), mediante un proceso ad hoc, se ejerce por vía de acción, desvinculada de los casos concretos. en el esquema original austríaco, los jueces ordinarios no pueden juzgar sobre la legitimidad constitucional de la ley y; ni siquiera pueden solicitar su juicio sobre este asunto al tribunal constitucional; los titulares de la acción, son órganos de naturaleza política los gobiernos de los estados o Lander o el gobierno federal, sin límites de tiempo. Es un control abstracto. En la reforma de 1929 de la constitución austriaca, se reconoce a los máximos órganos judiciales la posibilidad de ejercer la acción en vía incidental, esto es, cuando sospechen que la ley que van a aplicar en el caso concreto, es inconstitucional; de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional. Bien que la acción se ejerza de manera principal y en consecuencia con carácter abstracto, bien que se ejerza en vía incidental y ligada al caso concreto, en todos los casos es resuelta por el tribunal constitucional y sus efectos, son erga omnes; son efectos para el futuro (ex nunc) la norma declarada inconstitucional, es válida y eficaz hasta el momento de la publicación de la sentencia que la declara inconstitucional; como consecuencia de ello la sentencia tiene carácter constitutivo.

Una vez publicada la sentencia, la norma jurídica declarada inconstitucional es expulsada del orden jurídico, el tribunal constitucional austríaco, tiene el poder de deferir los efectos del fallo en el tiempo, hasta un límite de 18 meses, durante el cual la norma inconstitucional sigue rigiendo, mientras que el legislador da la norma de reemplazo. Tiene también el poder de definir si vuelven a regir las normas legales existentes, antes de entrar en vigor, la que ahora es declarada inconstitucional.

5.3. MEZCLA DE MODELOS

Estos modelos mixtos, toman elementos de uno u otro modelo; es posible, entonces, que cualquier juez que considere que, en un caso concreto, la norma que va a aplicar no está conforme con la constitución, pueda suspender el proceso y acudir al órgano competente especializado y único para decidir sobre la cuestión de constitucionalidad. en algunos casos basta con que el juez del caso concreto tenga dudas sobre la constitucionalidad de la norma o a veces se exige que este juez esté convencido de que viola la constitución (Italia e Alemania, respectivamente). Tanto en el derecho italiano, como en el alemán, la sentencia que declara inconstitucional una norma de inferior jerarquía a la constitución, tiene valor constitutivo, desde el punto de vista subjetivo tiene efectos erga omnes y desde el punto de vista temporal sus efectos son ex tunc, ya que tiene efectos retroactivos (salvo los casos de cosa juzgada definitiva).

En estos sistemas mixtos además del acceso por vía incidental (excepción de inconstitucionalidad) existe también la vía principal o de acción. En estos sistemas mixtos, existe la posibilidad de que los ciudadanos a quienes se le ha violado un derecho fundamental, por obra de actos administrativos, legislativos o judiciales, adoptados por los poderes públicos, acudan ante los jueces o tribunales constitucionales para denunciar la violación de su derecho fundamental, llámese tutela o amparo de derechos fundamentales; previo el cumplimiento de ciertos requisitos, como: el agotamiento la vía judicial, el interés personal directo y actual el término relativamente breve de impugnación.

6. SUSPENSIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

A diferencia de la revisión, que supone una modificación definitiva del texto constitucional, la suspensión sólo quita temporalmente eficacia a ciertas normas de la constitución que, sin embargo, permanecen válidas. La suspensión de la constitución está ligada a la existencia de ciertas situaciones consideradas excepcionales. Toda constitución recoge en su seno la existencia de dos situaciones opuestas: la normalidad y la anormalidad. La constitución es entonces la unidad de la diversidad: lo cotidiano y lo

insólito. Dentro de la constitución coexisten dos constituciones, que se aplican en dos momentos distintos: la constitución para épocas de normalidad y la constitución para épocas de crisis o anormalidad.

Se suspenden determinadas normas de la constitución cuando se presentan situaciones de peligro para el orden de cosas existente. Crisis que puede tener como causa un hecho interior, uno exterior, o ambos. Este ordenamiento de excepción, se conoce con diversos nombres: estado de sitio, estado de asedio, estado de emergencia, conmoción interior o exterior; estado de guerra, etc. Las normas constitucionales que son suspendidas, por la declaratoria del estado de excepción generalmente tienen que ver con las facultades de orientación y control de los parlamentos, o a la protección jurisdiccional de las libertades por los órganos judiciales. "En especial, están sometidas a suspensión temporal las normaciones, típicas del estado de derecho, dirigidas a proteger la libertad burguesa"³.

Como consecuencia de esta declaración se concentra un gran poder en la rama ejecutiva del poder público, que se convierte en legisladora y se restringen los derechos de los ciudadanos. El estado de excepción, es el mecanismo que se ha inventado el estado de derecho, para salvar el estado de derecho, en las crisis del estado de derecho. Es la forma legítima de concentrar el poder, en un tipo de estado cuya filosofía es precisamente la separación de poderes. Es el retorno legal, del régimen liberal a la monarquía absoluta, feudal.

Desde otro ángulo, se hace necesario mirar *el tiempo* durante el cual se mantienen suspendidas las normas constitucionales: en algunos casos la propia constitución fija un tiempo, aunque este puede prorrogarse si se mantiene la situación de anormalidad. en otros casos se utiliza una fórmula genérica que no establece un tiempo de manera explícita, sino de manera implícita, por ejemplo: durante el tiempo que dure turbado el orden público (...tan pronto como haya cesado la guerra exterior o terminada la conmoción interior... antiguo artículo 121 de la constitución colombiana). A veces se establece una especie de gradación de los hechos que ponen en peligro el orden de cosas existente, de manera que a hechos menos graves se da una respuesta menos drástica y se

³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, México: edit. Nacional, 1981, p. 128

coartan menos libertades y frente a hechos más graves el estado adopta medidas más fuertes, por ejemplo, se separa la conmoción interior de la guerra exterior.

En esta materia, se debe separar el órgano que hace la declaración de estado de excepción, del órgano que acumula y concentra poderes gracias a esta declaración. Si es un mismo órgano el que tiene la facultad de decretar el estado de excepción y de concentrar poderes, gracias a esta declaración, lo normal es que tienda a declarar este estado, aunque no se hayan dado las circunstancias de emergencia. Es posible también que él mismo las provoque o las invente con tal de acumular poder. En la realidad no siempre se observa esta regla de oro. Esto es más grave aún si se piensa que el control que hacen los órganos judiciales sobre la declaratoria, es un control meramente formal y no sobre el contenido de la misma.

“...La actitud de los constituyentes respecto a la suspensión y a los regímenes derogatorios de excepción, puede variar sensiblemente, puede preverse en la constitución detalladamente o confiarse a especificaciones subsiguientes, pero caben también, la omisión o incluso una prohibición expresa. Por otro lado, la previsión puede contenerse en leyes, o bien la suspensión puede derivar de una deliberación parlamentaria o de una determinación directa del ejecutivo que comporta, a veces, una sucesiva ratificación parlamentaria”⁴.

7. ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La idea del carácter jurídico de los estados de excepción, es acogida por los órganos judiciales de la ONU y de la OEA y que deben enmarcarse dentro del estado de Derecho, y por lo mismo, deben reunir determinadas condiciones y requisitos que son garantías jurídicas para preservar los derechos humanos en las situaciones de crisis.

⁴ DE VERGOTTINI, Guiseppe. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, edit. Espasa-Calpe, 1983, pp. 175-176.

Se hace necesario fijar el marco general dentro del cual se debe juzgar todo estado de excepción y su relación con los derechos humanos, así como la protección de estos últimos y conocer su evolución⁵.

Durante el siglo pasado uno de los cambios más importantes fue la evolución en la protección de los derechos humanos, para lo cual es necesario reconocer que el individuo tiene unos derechos que pueden hacerse valer, no solo frente a otros individuos sino también ante el propio estado; de otro lado la legitimidad de los gobernantes, resulta de la forma en que permiten a los gobernados el goce efectivo de sus libertades y derechos. “Poco a poco, se ha ido afianzando en los pueblos y en los gobiernos la convicción de que el prestigio de un país no se funda sólo en su poderío económico o militar, sino también en la forma en que sus habitantes acceden al pleno goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales”. El surgimiento de los individuos como sujetos del derecho internacional y el reconocimiento de la dimensión internacional de los derechos humanos, son dos grandes conquistas de esa evolución paralelamente y de manera paradójica, se produjo una epidemia de estados de excepción, mediante los cuales, como dice DESPOUY se pretendía “legalizar los peores abusos y las más perniciosas arbitrariedades (...)”.

“Hubo que vencer aún toda una serie de obstáculos en el camino de la protección de los derechos humanos en las situaciones de excepción. El primer obstáculo, fundado en una interpretación restrictiva de la supervisión internacional pretendía limitar la operatividad de los derechos humanos a las actuaciones de paz o de normalidad. Muchos gobiernos entendían que en los momentos de crisis cuando lo que estaba en juego era la seguridad nacional o la estabilidad del régimen, por ejemplo, las autoridades debían sentirse liberadas de todo tipo de control, sea interno o internacional, pudiendo recurrir a cualquier medio o instrumento para conjurar la crisis. El segundo obstáculo, consistía en el argumento falaz y perverso de decir, en lo interno, que el país vivía en un estado de

⁵ Para este análisis seguiremos en lo fundamental, el informe del relator de la ONU, sobre estados de excepción Leandro DESPOUY y quien prestó asistencia técnica a Colombia.

guerra, “sucia”, no convencional, que obliga a las autoridades a suspender el ejercicio de los derechos humanos y sostener, en el orden internacional, que los convenios del derecho internacional humanitario no eran aplicables por no tratarse de un conflicto armado internacional, y menos aún de una guerra declarada. Se configuraba así una suerte de “*no man’s land*” jurídico en el que todo estaba permitido, incluso los comportamientos más cueles y aberrantes y las violaciones más graves de los derechos humanos”.

En materia de protección internacional de los derechos humanos, no sobra recordar que muchos *tratados no admiten la suspensión de los derechos que protegen, ni siquiera en los estados de excepción, como es el caso del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los Convenios OIT (Nos. 29, 87, 98 y 105); de la convención sobre El Estatuto de los Refugiados de 1951; la Convención sobre derechos del niño de 1969; los distintos Convenios del Derecho Internacional Humanitario.*

La Corte Interamericana de Derechos humanos ha dejado claramente establecido, en su opinión consultiva OC-9/87, que, si bien la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, esto no significa que la misma “comporte la supresión temporal del estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad, a la que en todo momento deben cernirse”. Recordó además que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables”.

7.1. NORMAS Y PRINCIPIOS QUE REGULAN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

1. *Principio de legalidad.*—Como el estado de excepción es una institución del estado de derecho, es necesaria la preexistencia de normas que lo regulen y la existencia de mecanismos de control, internos e internacionales que verifiquen que se cumplan esas normas.

2. *Principio de proclamación.*—Consiste en la necesidad de que la entrada en vigor del estado de excepción vaya precedida de una medida de publicidad, bajo la forma de declaración oficial y tiende a evitar los estados de excepción de facto. Busca que la población afectada tenga exacto conocimiento de la amplitud material, territorial y temporal de la aplicación de las medidas de emergencia y su impacto en el goce de los derechos humanos.

3. *Principio de notificación.*—La notificación tiene como ámbito específico la comunidad internacional. Los destinatarios son: Los otros estados partes, tratándose de un convenio, el conjunto de los estados Miembros de las Naciones unidas, tratándose de la labor del relator especial.

4. *Principio de Temporalidad.*—Busca fundamentalmente a señalar su necesaria limitación en el tiempo y evitar así la indebida prolongación del mismo. El artículo 27 de la Convención Americana lo consagra expresamente al señalar que las medidas que se adopten deben serlo “por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”.

5. *Principio de amenaza excepcional.*—Define la naturaleza del peligro y se refiere a los presupuestos de hecho (conmoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales, pandemia o generadas por el hombre, etcétera) que conforman el concepto de “circunstancias excepcionales. El concepto de que la crisis o peligro debe ser excepcional y que, además, no son manifiestamente suficientes las medidas restrictivas ordinarias, se encuentra consagrado en los artículos 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.2 del pacto internacional de derechos civiles y políticos y en los artículos 12.3, 15 y 16 Convención Americana sobre derechos humanos; tratados internacionales que obligan al gobierno colombiano”.

6. *Principio de proporcionalidad.*—Es la necesaria adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis. Enunciado de manera similar tanto en el pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos como en la Convención Americana, implica que las restricciones o suspensiones impuestas lo sean “en la medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación”.

La Corte Interamericana en su opinión Consultiva O.C.8/87, dijo que la juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar las distintas situaciones especiales que pueden presentarse, dependerá del carácter, de la intensidad, de la profundidad y del particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las disposiciones respecto de ella.

Principio de no discriminación.—El artículo 27 de la Convención Americana, y el 4 del pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, exige que las restricciones impuestas no entrañen

discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

7.2. DERECHOS HUMANOS QUE NO PUEDEN SUSPENDERSE.

El pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y la Convención Americana estipulan con precisión aquellos derechos fundamentales cuyo ejercicio no puede ser objeto de suspensión o de restricción. En algunos casos, dicha intangibilidad abarca derechos comunes como: el derecho a la vida, prohibición de la tortura, de la esclavitud, y no retroactividad de la ley penal; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y la libertad de conciencia y religión. De manera particular, el pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos prohíbe la prisión por deuda contractual (artículo 11). Por su parte, la Convención Americana, la más protectora en la materia, extiende la intangibilidad a la protección de la familia (artículo 17), a los derechos del niño (artículo 19), a la nacionalidad (artículo 20) y a los derechos políticos (artículo 23) así como a las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. La corte interamericana de derechos humanos en sus opiniones consultivas ha sostenido que el derecho de habeas Corpus es inderogable; (o.p. Consultiva 8/1987 artículos 25. 1 (amparo) y 7.6 (habeas corpus) no pueden ser suspendidos en virtud del artículo 27.2. La misma corte interamericana de derechos humanos que en su opinión consultiva 9 fue más radical (o.p. Consultiva 9; dictada 6 de octubre de 1987), pues sostuvo que tampoco se puede derogar en estados de excepción cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes destinados a garantizar los derechos o libertades cuya suspensión no está autorizada por la convención americana. Ni se pueden suspender los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática de gobierno previstos en el derecho interno para garantizar la plenitud de los derechos no suspendibles y cuya limitación o suspensión comporta la indefensión de tales derechos; y esto cobija a *la acción de tutela de Colombia*, que quieren impedir en el caso de la vacunación contra el Covid 19, como también los lineamientos esenciales del debido proceso y del derecho de defensa.

8. LA SENTENCIA DE LA CORTE SOBRE DECLARATORIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN; POR COVID-19

La corte Constitucional dice en la sentencia C-145 de 2020 sobre la declaratoria de la emergencia, a raíz del Covid 19; dijo en los apartes pertinentes:

“Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020... esta Corporación ha construido una sólida línea jurisprudencial⁶ en orden a afirmar su competencia no solo sobre los decretos de desarrollo, sino también del decreto matriz⁷.

2. Los motivos que justificaron el conocimiento del mismo en cualquiera de las tres modalidades de estados de excepción (artículos 212, 213, y 215 de la C.P.) también fueron recogidos en la sentencia C-802 de 2002⁸...”.

La Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia una serie de requisitos o presupuestos formales o materiales.

Presupuestos formales

Los *presupuestos formales* requeridos por la Corte para efectuar el examen de constitucionalidad están dados en⁹:

⁶ Cfr. Sentencias sobre decretos declaratorios de emergencia económica, social y ecológica, o de grave calamidad pública a la fecha: C-004/92, C-447/92, C-366/94, C-122/97, C-122/99, C-216/99, C-135/09, C-252/10, C-156/11, C-216/11, C-670/15 y C-386/17.

⁷ La Corte Suprema de Justicia consideraba que la evaluación del orden público era una competencia completamente discrecional del Presidente de la República, por tratarse de típicos “actos políticos” razón por la cual el control judicial de la declaratoria del estado de excepción era solo formal. Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se entendió que no pueden existir al interior del Estado de derecho actos arbitrarios o desprovistos de control alguno (sentencia C-156 de 2011). La Corte ha establecido que la Constitución ha establecido dos tipos de decretos legislativos: los declarativos del estado de excepción con fuerza de ley porque constituyen una auto habilitación para legislar y los decretos de desarrollo de esas facultades excepcionales (sentencia C-802 de 2002). Las sentencias C-049 de 2012 y C-173 de 2014 indicaron que los decretos que declaran un estado de excepción constituyen una competencia atípica.

⁸ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹ Cfr. Sentencia C-386 de 2017, C-670 de 2015, C-216 de 2011, C-156 de 2011, C-252 de 2010 y C-135 de 2009, entre otras.

i) *Haber sido firmada por el Presidente de la República y todos los ministros*¹⁰; ii) *Estar motivada adecuadamente*¹¹; iii) *Establecer claramente su duración*¹²; iv) *Determinar con precisión el ámbito territorial de aplicación*. v) *Convocar al Congreso de la República*¹³.

Presupuestos materiales

15. Específicamente, los *presupuestos materiales* que la Corte ha exigido para declarar el estado de emergencia son los siguientes¹⁴:

Presupuesto fáctico

16. La declaración del estado de emergencia debe responder a hechos sobrevinientes y extraordinarios distintos de los previstos en los artículos 212 y 213, que perturben o amenacen el orden económico, social y ecológico o que constituyan grave calamidad pública¹⁵. Este presupuesto se desagrega en tres componentes: i) *Juicio de realidad de los hechos invocados*; ii) *Juicio de identidad de los hechos invocados*¹⁶; iii) *Juicio de sobreviniencia de los hechos invocados*¹⁷.

Presupuesto valorativo

17. La Constitución dispone que la emergencia podrá declararse frente a hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar “*en forma grave e inminente*” el orden económico, social y ecológico, o que constituya “*grave*” calamidad pública¹⁸. Entonces, no cualquier perturbación o amenaza puede dar lugar a la declaratoria de la emergencia, pues esta debe revestir de *gravedad*, cuya calificación no

¹⁰ Artículos 215 de la Constitución y 46 de la ley 137 de 1994.

¹¹ Artículos 215 de la Constitución y 8º (justificación expresa de la limitación del derecho), 11 (necesidad) y 12 (motivación de incompatibilidad) de la ley 137 de 1994.

¹² Artículos 215 de la Constitución y 46 de la ley 137 de 1994.

¹³ Artículos 215 de la Constitución y 46 de la ley 137 de 1994.

¹⁴ Cfr. Acentencia C-386 de 2017, C-670 de 2015, C-216 de 2011, C-156 de 2011, C-252 de 2010 y C-135 de 2009, entre otras.

¹⁵ Artículo 215 de la Constitución.

¹⁶ Artículos 215 de la Constitución y 46 de la ley 137 de 1994.

¹⁷ Artículos 215 de la Constitución y 2º y 46 de la ley 137 de 1994.

¹⁸ Artículo 215 de la Constitución. En la sentencia C-216 de 2011 se sostuvo que no cualquier calamidad pública justifica un estado de emergencia sino aquella que por su intensidad e importancia logre trastornar ese orden.

corresponde al ejercicio discrecional de una atribución presidencial sino a una percepción objetiva de la intensidad de la perturbación¹⁹.

9. CONCLUSIONES

Un recuerdo de un hecho, un dato preocupante y una guía de protección de los derechos en nuestros estados de excepción.

Cuando el suscrito hacia parte del tribunal constitucional el gobierno de 2002, decreto un estado de excepción, y no envió al día siguiente el decreto a la corte constitucional, pues sostenía que ese decreto era competencia del H. Consejo de Estado. Un Magistrado de esa corporación asumió la competencia para conocer de ese decreto, lo que genero un choque de trenes. Por otra parte, el antiguo Consejo Superior de la Judicatura, consideraba que tenía competencia para dirimir el conflicto entre Consejo de Estado y Corte Constitucional. La Mayoría de la Corte estaba dispuesta a asumir su competencia de oficio con fundamento en el artículo 214 numeral 6. Finalmente, todo se resolvió con la sentencia C-802 de 2002.

El dato consiste en que en el caso del Covid 19, la propia corte para favorecer al gobierno de turno modifico la jurisprudencia, ya que dejo el control estricto que debe aplicar en estos casos y lo flexibilizo como lo declara expresamente en la sentencia C-147 de 2020.

“(...) la Corte en esta ocasión sobre los decretos legislativos o de desarrollo de la EES, ejercerá el control constitucional que le corresponde, con una amplia flexibilidad, pues la magnitud de esta crisis no tiene antecedentes en los tiempos recientes, de allí que el escrutinio que haga este Tribunal en cuenta la amplia capacidad de acción que acompaña al señor Presidente de la República, de cara a los remedios que estime necesarios para conjurar la crisis, en tanto y cuanto estos guarden la razonable conexidad con los hechos que motivaron la declaratoria del EEES.

Esto es bueno para el gobierno de turno, pero muy malo para los derechos de nosotros, los ciudadanos. Por eso podemos concluir que nos toca estar vigilantes para que la Corte no vuelva a ser “flexible” sino estricta en la protección de nuestros derechos durante los estados de excepción. El argumento de lo excepcional

¹⁹ Sentencias C-252 de 2010 y C-135 de 2009.

o excepcionalísimo de la situación, es precisamente el supuesto de todo estado de excepción y no puede servir también para relajar su control. Como dijera el Magistrado Manuel Gaona: “Lo que la carta ordena a la Corte es que proteja la Carta y no que le haga la Corte a quienes violan la carta”. Necesitamos que la Corte sea de verdad Corte y no Cortesana del gobierno de turno.

9.1. DISTINGUIENDO

Hay que distinguir tres conceptos jurídicos fundamentales: 1) Privación de un derecho; 2) suspensión de un derecho y 3) limitación de un derecho.

En el estado social de derecho, el único que puede privar de un derecho, es un Juez, por las causas previas y expresamente establecidas y mediante el procedimiento previamente definido. No son los gobiernos, ni los funcionarios del ejecutivo quienes tienen la competencia para privar de un derecho.

La suspensión de un derecho implica, que el titular del mismo lo conserva, pero no puede ejercerlo durante un tiempo.

La limitación del derecho, tiene como supuesto que el titular del mismo lo conserva y que además puede ejercerlo en su núcleo esencial; solo que puede soportar una carga para su ejercicio. Carga que no puede afectar el núcleo esencial del derecho.

Teniendo esto claro, es claro también que nuestro sistema constitucional no permite, en ningún estado de excepción, que, mediante ellos, ningún gobierno prive de derechos y ni siquiera que los suspenda. Lo único que se permite es limitaciones al ejercicio de esos derechos, como lo establece expresamente el artículo 214 de la constitución cuando dice:

“ARTICULO 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

2. *No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales.* En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger

los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”.

10. BIBLIOGRAFÍA

BELOFF, Max. *Thomas Jefferson*. Mexico: Edit Limusa-Willey, 1966.

Constitución Política de Colombia

DE VERGOTTINI, Giusepp. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: edit. Espasa-Calpe, 1983.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México: edit. Nacional, 1981.

Sentencias Corte Constitucional de Colombia especialmente la C-147 de 2020.

CAPÍTULO II

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCIÓN

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ*

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. ANTECEDENTES. 2. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCIÓN. 2.1. CONTROL DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POR VÍA DE ACTO LEGISLATIVO. 2.2. CONTROL SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE TRAMITEN MEDIANTE REFERENDO. 2.3. CONTROL DE LAS REFORMAS ADELANTADAS POR VÍA DE ASAMBLEA CONSTITUYENTE. 3. ALCANCE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD QUE ADELANTA LA CORTE SOBRE LOS ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCIÓN. 3.1. EL CONTROL SOBRE VICIOS EstrictAMENTE PROCEDIMENTALES. 3.1.1. *Parámetros normativos del control.* 3.1.2. *La restricción textual sobre la competencia de control.* 3.1.3. *La fijación jurisprudencial del alcance del artículo 379.* 3.1.4. *El principio de instrumentalidad de las formas.* 3.1.5. *La instrumentalización del procedimiento.* 3.1.6. *¿Un control estricto frente a un procedimiento flexible?* 3.1.7. *Principio in dubio pro legislatoris vs. Integridad de la Constitución.* 3.1.8. *¿Inversión del principio?* 3.2. EL CONTROL SOBRE VICIOS COMPETENCIALES. 3.2.1. *Quebrantamiento de la Constitución.* 3.2.2. *Sustitución de la Constitución.* 4 CONCLUSIÓN. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Abogado Javeriano, Exmagistrado de la Corte Constitucional, Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Sergio Arboleda.

INTRODUCCIÓN

Colombia tiene ya una tradición más que centenaria en el control judicial de constitucionalidad de las normas que hacen parte del ordenamiento jurídico en un nivel jerárquico inferior al propio de la Constitución. El tema que se trata de abordar en esta oportunidad implica ciertos matices, no siempre advertidos, en la medida en que, sobre el papel, plantea el interrogante acerca de la posibilidad de que ese control se ejerza también en relación con las normas de reforma constitucional, que, al menos formalmente, tienen el mismo rango que aquellas que se emplearían como parámetro de control. Curiosamente, sin embargo, esa dicotomía no estuvo presente en el proceso a través del cual, en Colombia, de un modo paulatino, se llegó a la atribución de una competencia expresa al tribunal constitucional, primero la Corte Suprema de Justicia y luego la Corte Constitucional, para el control sobre la constitucionalidad de los actos reformatorios de la Constitución.

Como punto de partida para un estudio del control judicial sobre la conformidad del ordenamiento jurídico con la Constitución¹, puede tomarse la célebre sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Marbury v. Madison* de 1803. Sin ahondar en la complejidad de los argumentos empleados por el juez Marshall, ni en el contexto histórico y político en el que se produjo la decisión, aspectos, por lo demás, suficientemente conocidos, si cabría señalar que, simplificando la *ratio* de la decisión, es posible decir que la misma se soporta sobre, por un lado, la idea de una Constitución con carácter normativo y supremo, y por otro, como corolario necesario de lo anterior, sobre la afirmación de la competencia de los jueces para hacer valer, en los casos concretos sometidos a su consideración, la Constitución sobre las normas de inferior jerarquía. Se trata de un pronunciamiento sobre la conformidad del derecho legislado con la Constitución y no del ejercicio de un control inter-orgánico sobre las competencias del Congreso, pese a que ese aspecto podría considerarse implícito. Es verdad, incluso, que en la propia sentencia se alude a la invalidez de los actos normativos cuyo contenido sea contrario a la Constitución,

¹ Se ha dicho por algunos autores que es posible rastrear la judicial review hasta el Juez Edward Coke en el *Bonham's case* de 1610. FERNÁNDEZ SEGADO. *La evolución de la justicia constitucional*, 47.

pero a esa premisa no se le hacen cumplir todas sus consecuencias, puesto que el modelo de control resultante es uno de naturaleza incidental y con efectos para el caso concreto, sin perjuicio de la virtud generalizante del principio del *stare decisis*.

Con ese antecedente en mente podemos abordar el proceso evolutivo a través del cual se ha ido perfilando en Colombia el control judicial de constitucionalidad del ordenamiento jurídico, como presupuesto para una más específica aproximación al control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución.

1. ANTECEDENTES

Dejando de lado los antecedentes remotos que es posible encontrar en nuestro constitucionalismo temprano, resulta admisible iniciar esta narrativa con la Constitución de 1886.

Para lo que interesa a este ensayo, cabe destacar que la Carta de 1886 se concibió bajo las premisas del concepto clásico de separación de los poderes, de tal modo que el control de las manifestaciones del poder en las instancias supremas se hacía depender de su distribución funcional entre distintos órganos, cuyas interferencias recíprocas, bien fuesen de complementariedad o de control, debían estar expresamente contempladas en la Constitución.

En ese contexto, en el artículo 151 de la Constitución se incluía entre las atribuciones de la Corte Suprema², la de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hubiesen sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales³.

Dicho artículo tenía correspondencia con lo dispuesto en el artículo 90, de conformidad con el cual cuando un proyecto de ley fuere objetado por inconstitucional, si las Cámaras insistieren, el

² Resulta sintomático de la aproximación que aquí se plantea, el hecho de que, en la Carta de 1886, la denominación del máximo tribunal era la de "Corte Suprema", sin el calificativo "de Justicia" que fue añadido posteriormente.

³ Constitución de 1886 artículo 151 Num. 4. En ese mismo artículo, en su numeral quinto se contemplaba la atribución de decidir, de conformidad con las leyes, sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el Gobierno, o denunciadas ante los Tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles.

mismo pasaría a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decidiera sobre su exequibilidad.

Varias conclusiones pueden extraerse de esa incipiente configuración de un modelo de control judicial de constitucionalidad. En primer lugar, el control sobre la constitucionalidad de las leyes tiene carácter predominantemente político. Se parte de la base de que todos los poderes interpretan la Constitución, y que le corresponde esa tarea, en primer lugar, al legislador, al desarrollar los preceptos constitucionales a través de la ley. Solo cuando el ejecutivo plantee una discrepancia en términos de constitucionalidad debe actuar la Corte Suprema, más que en su calidad de juez, como una instancia de control político que se ejerce en este caso por uno de los órganos constitucionales ubicados en la cúpula del poder del Estado, en el mismo nivel que el Congreso y el Ejecutivo.

La concurrencia de dos de los tres poderes avala la constitucionalidad de la ley. Si bien la Corte Suprema, cuando se active su competencia, obra en derecho, en cuanto que precisamente ese es su cometido propio, se trata de un control que mantiene el carácter político derivado de esa concurrencia de dos de los tres poderes. Y ello es así al punto que, si no hay objeción, la ley no es susceptible de controversia en cuanto a su conformidad con la Constitución. A tono con esa concepción se emplea la expresión "*inexequibilidad*" para denominar la consecuencia de una decisión de inconstitucionalidad, en la medida en que, en la incorporación del concepto de separación de poderes, una vez establecida la Constitución se consideraba que ningún poder dentro del Estado podía invalidar la ley, razón por la cual, en la hipótesis señalada, lo que se señalaba era que la ley expedida por el Congreso no podía aplicarse por ser contraria a la Constitución. Debe precisarse que la expresión "*acto legislativo*" no tenía por entonces la connotación que adquirió después para denotar, exclusivamente, los actos de reforma constitucional expedidos por el Congreso. Para ese momento la expresión aludía a toda actuación normativa del Congreso, principalmente las leyes, y la relativa ambigüedad daría luego lugar a un debate sobre si comprendía o no a los actos reformativos de la Constitución y si éstos, de entenderse allí comprendidos, podían ser objetados por el gobierno, o si, por el contrario, en cuanto eran expresión del constituyente secundario,

estaban excluidos de esa posibilidad. Cabe observar, también, que en contraste con lo que se contemplaba para los “actos legislativos”, tratándose de las ordenanzas de las asambleas departamentales, un órgano claramente infra-ordenado, la competencia de la Corte se orientaba a obtener su invalidez o nulidad.

Para complementar el modelo, inicialmente en la ley 57 de 1887 se estableció, en su artículo 5, que “cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una ley, predominará aquella”. En palabras de Miguel Antonio Caro, al referirse a una propuesta de artículo contenida en el proyecto que culminó en la Carta del 86⁴ “... mientras no exista un poder, como no lo hay, capaz de invalidar la ley, la misma sigue rigiendo, pero los ciudadanos pueden solicitar que no se aplique en su contra⁵. Poco tiempo después, sin embargo, posiblemente ante el temor por los excesos que podían ocurrir si todos los jueces, e incluso cualquier autoridad del Estado, podían decidir inaplicar la ley para darle prevalencia a su particular entendimiento de la Constitución, en la ley 153 de 1887 se dispuso que “una disposición expresa de ley posterior se reputa constitucional y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución”. Esa disposición, en la práctica, privaba de efecto a la vía exceptiva, la cual solo tendría cabida en relación con leyes anteriores a la Constitución o en hipótesis de ambigüedad legislativa, en las que no fuese posible identificar una “disposición expresa” en un determinado sentido.

⁴ El siguiente es el texto del referido artículo del proyecto: “Artículo 21. La potestad reglamentaria no constituye derecho contra las leyes, ni las leyes contra la Constitución. En consecuencia, los tribunales que hayan de actuar en asuntos contencioso administrativos prestarán defensa a los particulares agraviados por providencia de la Administración; y la autoridad judicial protegerá a las personas contra los abusos de cualquiera de los poderes públicos”.

⁵ El texto de la intervención de Miguel Antonio Caro es el siguiente: “Si el soberano dicta una ley inconstitucional, esta ley inconstitucional, sancionada y promulgada, debe ser obedecida, mientras no haya, como no hay, un Poder superior que tenga facultad de anularla. No puede dejarse al ciudadano la facultad de desobedecer la ley por cuanto la juzga contraria a la Constitución. Tal principio sería anárquico. Pero sí debe tener el derecho de exigir que no se cumpla en su daño, y los Tribunales no deben aplicarla cuando lesiona derechos civiles garantidos por la Constitución. Nadie anula la ley; así se salva el principio de autoridad; pero el ciudadano tiene el derecho de defensa, ejercitada por las vías legales, y el Poder Judicial le brinda protección: así se salva la libertad bien entendida y ambos principios quedan conciliados”

Como es posible advertir, el proceso de configuración del sistema de control de constitucionalidad en la Constitución de 1886 se desarrolló alrededor de no pocas tensiones sobre la manera de garantizar, no solo la conformidad de las leyes con la Constitución, sino de asegurar también los derechos de los ciudadanos frente a los excesos del poder del Estado, debate del cual dan cuenta las diversas fórmulas analizadas y los diferentes desarrollos normativos que paulatinamente fueron dándole forma.

En el complejo entorno político que siguió tras la expedición de la Carta de 1886, la ley 2 del año 1904⁶, que versaba sobre la *“exequibilidad de los Decretos Ejecutivos de carácter legislativo”*, incluyó dentro de las competencias de la Corte Suprema, la de *“... decidir, a solicitud de cualquier ciudadano, y previa audiencia del Procurador General de la Nación, sobre la validez o nulidad de los Decretos legislativos expedidos al amparo del artículo 121 de la Constitución”*.

Como se puso de presente en otro lugar⁷, esta segunda etapa en la evolución del control de constitucionalidad en nuestro medio contiene un importante antecedente, puesto que establecía una especie de acción pública de inconstitucionalidad contra los decretos legislativos del estado de sitio. En la medida en que, a diferencia de lo que acontecía con las leyes, los decretos legislativos, pese a que tenían fuerza material de ley, carecían de control político

⁶ El texto de la ley es el siguiente: *“LEY 2 DE 1904 // (agosto 18) // Sobre exequibilidad de los Decretos Ejecutivos de carácter legislativo // El Congreso de Colombia // DECRETA: // Art. 1º. Los Decretos ejecutivos que se dicten con carácter legislativo, cuando se declare perturbado el orden y en estado de sitio toda la República o parte de ella, sólo tendrán fuerza obligatoria de ley cuando tengan por objeto “defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento”, conforme a la letra y al espíritu del artículo 121 de la Constitución. // Art. 2º. La Corte Suprema de Justicia, a solicitud de cualquier ciudadano, y previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidirá definitivamente, en Sala de Acuerdo, sobre la validez ó nulidad de los Decretos legislativos, de conformidad con el artículo anterior y con lo dispuesto en la Constitución Nacional, en la materia. // Art. 3º Por la promulgación del Decreto sobre el restablecimiento del orden público, que el Gobierno debe dictar en cumplimiento del mandato del inciso 3º, artículo 121 de la Constitución, quedan insubsistentes los Decretos de carácter legislativo y recuperan su imperio las leyes cuyos efectos se hubieren suspendido por virtud de ellos. // Art. 4º. EL Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados Decretos. Sus facultades se limitan en ese punto a la simple suspensión de las que les sean incompatibles. // Dada en Bogotá, a doce de Agosto de mil novecientos cuatro”*. Nótese que la ley emplea la denominación Corte Suprema de Justicia y que, quizá a tono con ello, la competencia de la Corte se extiende a declarar la validez o nulidad de los decretos legislativos.

⁷ GUERRERO PÉREZ. *Poder Constituyente y Control Jurisdiccional*, 231.

previo y en su producción intervenía exclusivamente la rama ejecutiva, requerían una instancia posterior de control. Sin que haya evidencia sobre un propósito deliberado del legislador de entonces, es posible advertir un cambio en la modalidad de control, puesto que ahora la decisión sobre la validez de una norma de fuerza de ley se confiaba a la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, más allá del control que hasta entonces solo permitía un arbitraje que, eventualmente, conducía a la inexecutable de los proyectos de ley.

Mediante el Acto Legislativo 3 de 1910 se introdujo en la Constitución el que sería el modelo de control de constitucionalidad que perduraría como un rasgo de la identidad de nuestro constitucionalismo. En efecto, el artículo 41 de ese acto reformativo de la Constitución se dispuso que a la Corte Suprema de Justicia se le confiaba la guarda de la integridad de la Constitución, y que, en consecuencia, además de las facultades que le conferían la Constitución y las leyes, tendría la de *“decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”*.

Pese a que en esa previsión normativa a la Corte Suprema de Justicia se le confiaba la guarda de la *integridad* de la Constitución, lo cierto es que en los primeros tiempos del ejercicio de esa nueva competencia la Corte entendió que se encontraba restringida a los propios términos del artículo 41 del A.L. 03 de 1910, en oposición a las opiniones que, en contrario, sostenían que el empleo por el constituyente de la expresión *“integridad”* le confería a la Corte una cláusula general de competencia para pronunciarse sobre cualquier actuación de los poderes públicos que pudiese resultar vulneradora de la Constitución.

El sistema así configurado, entonces, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, comprendía el control de los proyectos de ley objetados por el gobierno por inconstitucionalidad y el de las leyes y decretos con fuerza de ley demandados como inconstitucionales por cualquier ciudadano. De manera particular se consideraban excluidas de la competencia de la Corte, la posibilidad de ejercer el control sobre eventuales

vicios de procedimiento en el trámite de las leyes; la posibilidad de ejercer el control sobre las leyes aprobatorias de tratados internacionales y la posibilidad de que el control se ejerciese frente a actos reformativos de la Constitución.

Así, por ejemplo, en sentencia de noviembre 28 de 1957, la Corte expresó que “... el Art. 214 fija un principio sustantivo y la norma que lo regula y garantiza: por el primero, a la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución; por el segundo, que es su desarrollo, se le otorga la facultad de decidir sobre la exequibilidad de los actos allí enunciados”⁸.

En cuanto a vicios de procedimiento, que constituyen el precedente relevante para el objeto de este escrito, se tiene que, a partir de la dualidad entre el examen material de la oposición de un determinado contenido normativo de rango legal con la Constitución, por un lado y la posibilidad, por otro, de adelantar un control sobre la actividad del Congreso como titular de la función legislativa la Corte Suprema mantuvo la posición de que no era competente para este segundo ejercicio. Así, en sentencia de abril 20 de 1912, la Corte expresó que:

“La acusación propuesta contra la ley que se examina va encaminada, no precisamente a obtener la declaración de que sus disposiciones violan la Carta Fundamental, sino a que se decida que aquel acto no es una ley por defecto en los trámites seguidos para su expedición. Ahora bien: entiende la Corte que la facultad a ella conferida por el artículo 41 citado, no puede extenderse hasta declarar que una ley no es ley porque se hayan quebrantado en su formación algunas ritualidades prescritas por la Constitución Nacional; pues si de otro modo se entendiese aquella facultad, se daría a la Corte Suprema tal suma de poderes que invadiría el campo de acción del Cuerpo Legislativo, lo cual sin duda no ha sido la intención del Constituyente de 1910, pues ello iría abiertamente contra el principio fundamental consignado en el artículo 57 de la Carta, según el cual todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones, principio éste que informa nuestras instituciones y es piedra angular, del sistema republicano que ellas reconocen y consagran”⁹.

Más adelante, en sentencia de octubre 20 de 1913, la Corte reafirmó la anterior postura, al señalar, en relación con los cargos

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 28 de noviembre de 1957 en 430.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 20 de abril de 1912.

por vicios de procedimiento aducidos en la demanda, que ellos no pueden dar lugar a “...*declarar la inconstitucionalidad de la Ley acusada, pues la oposición entre los mandatos legales y la Carta Fundamental debe encontrarse en los preceptos de la ley y no en las formalidades que presiden a su expedición*”¹⁰. A ese respecto, consideró del caso reproducir lo que ya se había dicho en la sentencia de 20 de abril de 1912, ya citada, para expresar que “*No se cree la Corte autorizada para abrir proceso a una ley a efecto de resolver si en los actos preparatorios de ella se infringieron o no las reglas constitucionales. Ello, además de la amenaza que envolvería para la estabilidad de las leyes, equivaldría a llevar la investigación a una época anterior a la existencia de la ley acusada; a deducir su inconstitucionalidad no de los propios términos de la ley misma, sino de las pruebas que al efecto se presentasen; y a declarar no la inexecutableidad de la ley como tal, sino la inconstitucionalidad del procedimiento empleado para dictarla*”¹¹.

Pese a los cuestionamientos que, a partir de la interpretación extensiva de la atribución de guardar la integridad de la Constitución, se hicieron a la anterior línea jurisprudencial, la misma se mantuvo hasta el año de 1952 cuando la Corte Suprema de Justicia, en lo que puede calificarse como una mutación constitucional, introdujo el control judicial de constitucionalidad por vicios de procedimiento en la formación de las leyes.

En esa sentencia la Corte, de manera expresa, abandonó el criterio jurisprudencial hasta entonces imperante, interpretando para hacerlo que, en él, impropriamente, se distinguían en la Constitución preceptos sustantivos y preceptos adjetivos; normas principales y normas accesorias; reglas de forma y reglas de fondo, y señalando que todas las disposiciones constitucionales tienen el mismo valor y la misma categoría, y son superiores por todos conceptos a las disposiciones de las leyes comunes. Determinó la Corte que, en consecuencia: “*Una violación cualquiera de cualquiera artículo de la Constitución queda bajo la jurisdicción de la Corte, siempre que su conocimiento pueda someterse ya sea por el Presidente de la República, en el caso de objeciones previstas por el art. 90 de la*

¹⁰ Sentencia de 20 de octubre de 1913.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 20 de abril de 1912.

Constitución, bien sea a través de las acusaciones de los ciudadanos, de acuerdo con el art. 214 de la misma"¹².

En relación con ese cambio de jurisprudencia, resulta importante anotar que pocos años antes, en el trámite de lo que sería el A.L. 1 de 1945, se había propuesto integrar a la Constitución, de manera expresa, el control de constitucionalidad por vicios de procedimiento. Así, en la exposición de motivos al proyecto de acto reformativo presentado en 1944 a consideración del Congreso de la República, Alberto Lleras Camargo, para entonces ministro de gobierno, señalaba: *"La Corte Suprema tiene la guarda de la Constitución. Ella dice, en los casos de duda, cuándo una ley es inconstitucional o exequible. Pero la Corte entiende que le está vedado entrar a juzgar de la reforma de las leyes. Si una ley viola las normas que el constituyente y el legislador han trazado para su expedición, pero tiene la forma de ley, la Corte no entra a examinarla. La Constitución debe establecer, por lo tanto, que la Corte examina la constitucionalidad de una ley, en su fondo y en su forma. (...) La forma de la ley no es accidental, porque si lo fuera, no valdría la pena que la Constitución precisara cuál debe ser esa forma. Ningún acto del congreso puede violar deliberadamente la Constitución. La Constitución misma debe tener una forma, ser expedida con un procedimiento especial, y si se violare el procedimiento para reformarla, el acto debería ser nulo. La Corte ha de tener facultad para declararlo así"*¹³.

De este modo, en el proyecto se proponía modificar las competencias de la Corte Suprema de Justicia, para establecer que a ella correspondería *"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, en su fondo o en su forma, y sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el Gobierno, como violatorias de la ley normativa u orgánica, en su fondo o en su forma; o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación"*.

Tal propuesta, como se ha dicho, no fue acogida, razón por la cual el control por vicios de procedimiento no tenía expresión en el texto constitucional. Tiempo después, y en consonancia con lo

¹² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de junio 28 de 1952.

¹³ Citado en Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 28 de noviembre de 1957.

decidió por la Corte Suprema en 1952, en la reforma constitucional de 1968 se introdujo por primera vez de manera expresa el control de procedimiento sobre los proyectos de ley que hubiesen sido objetados por el gobierno. Adicionalmente, en esa reforma se estableció la figura del control automático sobre la constitucionalidad de los decretos expedidos en ejercicio de las facultades propias de los estados de sitio y de emergencia económica¹⁴.

Tal como se ha puesto de presente en otro lugar, la configuración normativa del control de constitucionalidad por vicios de procedimiento en el año 68 no tiene la misma extensión que el previsto jurisprudencialmente en 1952, puesto que restringe la competencia de la Corte para el ejercicio del control sobre ese tipo de defectos de trámite a los proyectos de ley que, sobre esa base, hubiesen sido objetados por el gobierno¹⁵.

Así, en la norma establecida en la reforma de 1968 cabe diferenciar dos aspectos: *“Para preservar la supremacía constitucional se establece un control de constitucionalidad sobre vicios de procedimiento en la formación de las leyes; por seguridad jurídica se decide que ese control sea previo a la expedición de las mismas. Con ello se pretende, por una parte, que sea posible sanear los vicios de forma y evitar así que fracase el proceso legislativo, por otra, dar estabilidad a la legislación en cuanto que una vez expedida no puede ser controvertida por aspectos*

¹⁴ A.L. 01 de 1968. Artículo 71. El Artículo 214 de la Constitución Nacional quedará así: // A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: // 1º. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; // 2º. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los Artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano. // En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los Artículos 121 y 123, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren. // La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional compuesta de Magistrados especialistas en Derecho Público. // El Procurador General de la Nación y la Sala Constitucional dispondrán, cada uno, de un término de treinta días para rendir concepto y ponencia, y la Corte Suprema de Justicia de sesenta días para decidir. El incumplimiento de los términos es causal de mala conducta que será sancionada conforme a la ley.

¹⁵ GUERRERO PÉREZ. *Poder Constituyente y Control Jurisdiccional*, 247.

*de forma*¹⁶. En contraste con esta modalidad de control previo, el control posterior se ejerce sobre leyes y decretos “... esto es, sobre las expresiones normativas objetivas, y no comprende la revisión del procedimiento empleado en su formación”¹⁷¹⁸.

Pese a la anterior previsión normativa, lo cierto es que su desarrollo reglamentario a través del Decreto 432 de 1969, se mantuvo en la línea de la decisión de la Corte Suprema de 1952, posición que de manera uniforme se acogió por la jurisprudencia y por la doctrina. Cabe anotar si, que, en ese decreto, si bien el control por vicios de procedimiento se configuró ya no únicamente como previo, sino también como posterior, no había previsión alguna que lo hiciese extensivo a los actos reformativos de la Constitución.

Ese modelo de control de constitucionalidad se mantuvo hasta 1978, cuando la Corte Suprema lo alteró una vez más, para incorporar el control judicial de constitucionalidad sobre los actos reformativos de la Constitución.

Hasta ese momento la Corte Suprema, de manera reiterada había expresado que carecía de competencia para pronunciarse sobre un acto reformativo de la Constitución. Así, por ejemplo, en sentencia abril 16 de 1971, se daba cuenta del criterio conforme al cual el control por vicios de procedimiento no resultaba aplicable a los actos reformativos de la Constitución. Y se anotaba, haciendo alusión al proyecto de reforma constitucional de 1944, que “*Tan evidente es ello, que el Gobierno, en su proyecto incluyó la siguiente innovación: ‘Una reforma de la Constitución no podrá ser declarada inexecutable por la Corte Suprema sino cuando el Gobierno la objete por no haberse ajustado en su forma de expedición a las normas fijadas por este artículo. El Gobierno solo podrá objetar la reforma cuando le llegue para su promulgación después de los debates de la segunda legislatura ordinaria’.* Así pues, el control jurisdiccional sobre proyectos de reforma

¹⁶ GUERRERO PÉREZ, 247.

¹⁷ “En la reforma constitucional de 1945 el gobierno al comentar la fórmula propuesta, antecedente de la reforma de 1968, decía: ‘Como se ve, no se da a la Corte la facultad de juzgar sobre la forma de las leyes o decretos legislativos acusados por inconstitucionales en acción pública, sino solamente decidir en estos casos, cuando el gobierno, que es colegislador, objete un proyecto de ley cuya expedición no se acomoda a los trámites establecidos en la Carta’. Citado en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Noviembre 28 de 1957. GJ. Tomo LXXXIV, p. 430”

¹⁸ GUERRERO PÉREZ. *Poder Constituyente y Control Jurisdiccional*, 247.

constitucional, aunque limitado en la forma que indicaba el Gobierno, fue negado y no quedó incorporado en ninguna norma constitucional, de tal suerte que la Corte no puede, con fundamento en el antecedente, afirmar su competencia sobre proyectos de enmiendas de la Carta, competencia que no se consagró acaso porque en el fondo podía implicar la interferencia de un poder constituido en el poder constituyente, y porque un control de esta naturaleza podría colocar a uno de ellos –el judicial– por encima del mismo constituyente”¹⁹.

A la luz de los textos constitucionales para entonces vigentes, así como de la jurisprudencia en vigor para ese momento, es posible señalar que, en 1978, la Corte Suprema, en la sentencia de 5 de mayo de ese año, por medio de la cual declaró la inexecutable del Acto Legislativo de 1977 que convocaba a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, produjo una verdadera mutación constitucional. En efecto, en esa sentencia la Corte Suprema de Justicia afirmó su competencia para conocer de la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, algo que el texto constitucional no contemplaba, y que la propia Corte había concluido excedía la órbita de sus competencias en más de 60 años de jurisprudencia.

Para sustentar su cambio de posición, la Corte Suprema de Justicia señaló que el Congreso de la República, en cuanto que órgano constituido, cuando ejerza su competencia para reformar la Constitución debe sujetarse a las previsiones constitucionales que regulan dicho trámite. De este modo, señala la Corte la inobservancia de las disposiciones sobre competencia y trámite hace que la actuación del Congreso no pueda tener validez²⁰.

Esa nueva competencia fue reiterada en decisiones de 1979 y de 1981, acogida también en la sentencia de 1990 por medio de la cual se permitió la convocatoria a la asamblea constituyente, y fue finalmente incorporada de manera expresa en el texto de la Constitución de 1991.

Como quiera que la Constitución de 1991 incorporó tres modalidades distintas para reformar la Constitución, también difieren las modalidades de control de constitucionalidad en ella

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de abril 16 de 1971.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 5 de mayo de 1978.

consagradas. Pese a esas diferencias, puede señalarse que, en lo esencial, el control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución reposa sobre las siguientes premisas: solo procede por vicios de procedimiento, en los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Constitución y únicamente puede dar lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos reformativos cuando se desconozcan los requisitos previstos en el Título XIII de la Constitución sobre reformas a la Constitución.

En un primer periodo, la Corte actuó conforme a una lectura estricta de las normas de atribución de competencia para el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución. En esta etapa, en la que la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse exclusivamente sobre reformas a la Constitución por vía de acto legislativo, el control se circunscribió al análisis de vicios de procedimiento²¹.

En el año 2003 se produjo una novedad en nuestra historia Constitucional, puesto que, por primera vez, mediante ley 796 del 21 de enero de ese año, se dispuso convocar al pueblo colombiano para que, en desarrollo de lo previsto en los artículos 374 y 378 de la Constitución Política, mediante referendo, decidiese si aprobaba el proyecto de reforma constitucional que se sometía a su consideración. En esas circunstancias a la Corte Constitucional le correspondió entonces, también por primera vez, poner en acto la competencia prevista en el numeral 2º del artículo 241 de la Constitución, conforme a la cual le corresponde decidir "...con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación." Y la primera decisión que debió adoptar la Corte fue la relativa a la oportunidad para el ejercicio del control, aspecto sobre el cual no hay previsión expresa en la Constitución, salvo aquella según la cual la decisión debe proferirse con anterioridad al pronunciamiento popular. De allí parece desprenderse, de manera ineludible, como había señalado la Corte Constitucional en la sentencia que resolvió sobre la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de los Mecanismos de

²¹ Así ocurrió en las sentencias C-753 de 1994, C-222 y C-387 de 1997, C-543 de 1998 y C-487 de 2002.

Participación²², como lo entendió el Presidente del Congreso de la República y se acogió por el gobierno y por la Corte, que en este caso opera un control automático de constitucionalidad sobre la ley de convocatoria, sin perjuicio del ejercicio del control posterior frente a actuaciones que sucedan en el tiempo al pronunciamiento de la Corte.

En ese contexto, en desarrollo de su actividad de control, la Corte estimó necesario avanzar en la consideración de los que denominó vicios competenciales, que, en cuanto que son un presupuesto del procedimiento, debían entenderse incluidos en la atribución constitucional de la competencia de control de la Corte. Esa aproximación dio lugar a la identificación de dos modalidades de vicios competenciales, que implican que el ejercicio de las competencias de reforma constitucional atribuidas a instancias constituidas se realiza por fuera del marco previsto por el constituyente. Tales modalidades son la sustitución de constitución, concepto que ha sido objeto de amplio desarrollo por la Corte y por la doctrina, y el quebrantamiento de la Constitución, figura que con frecuencia se asimila a la primera y que en todo caso no ha sido nítidamente perfilada ni ha tenido un desarrollo jurisprudencial equivalente al de la primera.

Después de presentar, en esta visión panorámica, el desarrollo de nuestro sistema de control de constitucionalidad, que es posible rastrear, con continuidad jurídica, desde la Constitución de 1886, procede ahora un ejercicio descriptivo que dé cuenta de sus características centrales a la vez que plantee algunos interrogantes sobre la manera como ha sido puesto en práctica.

2. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCIÓN

De acuerdo con el recuento que se acaba de realizar se tiene que, de acuerdo con la Constitución y con sus desarrollos jurisprudenciales, el control jurisdiccional de los actos reformativos de la Constitución presenta las siguientes características:

²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150 de 2015.

Corresponde ejercer dicho control a la Corte Constitucional, en desarrollo de su atribución para la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Carta.

Entre tales términos se encuentra la previsión conforme a la cual las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado a partir de la publicación del respectivo acto.

Esa competencia ha sido configurada de manera diversa, según se trate de reformas adelantadas por vía de acto legislativo, de referendo o de asamblea constituyente.

2.1. CONTROL DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POR VÍA DE ACTO LEGISLATIVO

Así, cuando se trata de actos legislativos el control es posterior y procede por vía de acción pública de inconstitucionalidad que puede interponer cualquier ciudadano, dentro del año siguiente a la promulgación de la reforma y sólo por vicios de procedimiento en su formación. Adicionalmente, la Corte ha sostenido que se trata de un control rogado en la medida en que, como se puntualizó en la sentencia C-668 de 2004, la competencia de la Corte Constitucional, en cuanto al control sobre los vicios de forma de los actos legislativos, se limita al análisis de los cargos planteados en la demanda, sin que la Corte pueda adelantar un control oficioso en relación con todas las irregularidades que, sin haber sido enunciadas en la demanda, puedan haber ocurrido durante el trámite de la reforma.

A este respecto, por otro lado, se ha planteado la discusión sobre si es posible el control previo de los actos legislativos reformativos de la constitución, por vía de las objeciones por inconstitucionalidad que presente el gobierno. Excede el espacio de este escrito el análisis sobre los argumentos que militan en uno u otro sentido, pero basta con señalar que en el trámite en el Congreso de la República, en el año 2012, de un proyecto de reforma constitucional a la justicia, de iniciativa gubernamental, aprobado en ocho debates en el Congreso y remitido para su promulgación, se produjo una objeción presidencial, tanto por inconveniencia como por inconstitucionalidad, en atención a

ciertas modificaciones de última hora que se incluyeron en la fase de conciliación de lo decidido por las plenarias de ambas cámaras, como resultado de lo cual el proyecto fue finalmente archivado por el Congreso. Se suscitó entonces el debate sobre si los actos legislativos reformatorios de la Constitución requerían de la sanción presidencial y si, por consiguiente, eran susceptibles de objeciones, o si, por el contrario, tratándose de una actuación del constituyente derivado, estaba excluida la sanción por el Presidente de la República, a quien correspondería, exclusivamente, la promulgación de la reforma aprobada por el Congreso²³.

Sobre el particular no hay un pronunciamiento definitivo de la Corte Constitucional, tribunal que se inhibió para emitir una decisión de fondo en relación con el referido proyecto de reforma a la Justicia por considerar que, en cuanto que no había sido promulgado, no se encontraba en el ámbito de su competencia²⁴. Con todo, en sentencia C-332 de 2017, en lo que estimo tiene el alcance de un mero *obiter dicta*, la Corte Constitucional señaló que “...las objeciones presidenciales contra proyectos de acto legislativo son inviables, tal y como lo consideró el Consejo de Estado en relación con aquellas que presentó el Gobierno Nacional en el año 2012 respecto a la fallida reforma a la justicia”.

2.2. CONTROL SOBRE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE TRAMITEN MEDIANTE REFERENDO

Sobre el control que se adelanta sobre las reformas a la constitución que se realizan por medio de referendo la Corte Constitucional ha señalado que es preciso tener en cuenta que esta modalidad de reforma se desarrolla en distintas etapas y por consiguiente, uno es el control automático y definitivo que ejerce la Corte sobre la ley que somete a decisión del pueblo un proyecto de reforma constitucional, y otro es el eventual control que cabe adelantar cuando se presente una acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformativo de la Constitución. Así, ha dicho la Corte que la Constitución ha establecido “... un

²³ Sobre este debate ver VENEGAS FRANCO y TORRES VILLARREAL. *Las objeciones presidenciales a los actos legislativos*.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Auto del 23 de julio de 2012.

control reforzado sobre la convocatoria de un referendo, porque además del control automático que ejerce la Corte sobre la ley de referendo, es viable la acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformatorio de la Constitución"²⁵.

De acuerdo con los desarrollos de la Corte Constitucional, el control de constitucionalidad que se ejerce sobre la ley mediante la cual se convoca un referendo constitucional presenta las siguientes características:

Es un control automático y previo al pronunciamiento popular. Esto quiere decir, por un lado, que la Corte ejerce el control sobre la ley una vez ha sido promulgada²⁶, y, por otro, que para ese efecto la ley debe serle remitida por el Presidente de la República tan pronto como se haya cumplido esa formalidad, sin perjuicio de que, de no ocurrir así, la Corte pueda aprehender de oficio su conocimiento. Puesto que en esta etapa inicial el control recae sobre una ley, nada impediría que, remitido el proyecto para sanción presidencial, el presidente decidiera objetarlo por inconveniencia o por inconstitucionalidad, en este último caso únicamente por vicios de procedimiento en el trámite de la ley. En esta hipótesis el control tendría el carácter de previo.

Es un control judicial, por la naturaleza del órgano que lo lleva a cabo, y concentrado, por estar exclusivamente a cargo de la Corte Constitucional. Esta precisión podría parecer extraña a la luz de la expresa atribución de competencia que se hace en la Constitución, pero se explica por la circunstancia de tratarse de un proceso complejo, que en su fase inicial tiene una ley, pero que luego debe materializarse en los actos que permiten hacer efectivo el pronunciamiento popular y que tienen naturaleza administrativa y electoral. La Corte, por consiguiente, reivindica la exclusividad del control sobre todas esas etapas.

Se trata, además, de un control integral, puesto que la Corte debe hacer una revisión exhaustiva de todo el trámite a efecto de verificar

²⁵ Corte Constitucional, auto del 2) de enero de 2003, por medio del cual la Corte ordenó devolver al Presidente del Senado el "proyecto de ley No. 47 de 2002 Senado-57 de 2002 Cámara", para que fuese sancionado.

²⁶ En esto se diferencia del control previo que obra sobre los proyectos de ley. En este caso, el control es posterior a la promulgación de la ley, pero debe concretarse previamente al pronunciamiento popular.

la existencia de eventuales vicios en el procedimiento de esa ley. Esta característica es común al examen que la Corte hace de los proyectos de ley estatutaria y de las leyes aprobatorias de tratados públicos, y parecería una condición necesaria de la modalidad automática del control. Marca, en todo caso, un contraste con la regla de control rogado que, en general rige para los vicios de procedimiento, en virtud de la cual la Corte solo examina los eventuales vicios que sean sometidos de manera expresa a su consideración.

Finalmente, la Corte también ha dicho que el control es *"...específico, por cuanto la Corte sólo puede examinar los vicios de procedimiento de la ley ya que no le corresponde estudiar su contenido material; participativo, pues se faculta a los ciudadanos a coadyuvar o impugnar la constitucionalidad; definitivo, porque el texto sometido a control no podrá volver a ser objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional; y delimitado por la propia Constitución en los artículos 379 y 241 ord 2^o"*²⁷.

2.3. CONTROL DE LAS REFORMAS ADELANTADAS POR VÍA DE ASAMBLEA CONSTITUYENTE

En cuanto hace a la reforma por vía de asamblea constituyente no ha habido todavía ocasión para que la Corte Constitucional se pronuncie al respecto. Ha avanzado si, la Corte, en la consideración de que una asamblea convocada para ese específico propósito, eventualmente, sí podría sustituir la Constitución de 1991 por una distinta. En todo caso es claro que tratándose de una asamblea constituyente hay límites competenciales expresamente señalados en el texto constitucional, como los que aluden a la composición, la competencia específica que le sea atribuida en la ley de convocatoria, y la duración de la asamblea. Queda pendiente para un ulterior análisis la delimitación de la competencia de la Corte frente a la actuación de una asamblea constituyente expresamente habilitada para realizar una sustitución parcial o total de la Constitución.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551 de 2003.

3. ALCANCE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD QUE ADELANTA LA CORTE SOBRE LOS ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCIÓN

Tal como se ha puesto de presente, la Corte Constitucional, al analizar el alcance de su competencia a la luz de lo dispuesto por la Constitución en su artículo 241, que, tratándose de los actos reformatorios de la Carta, la limitan a los “... vicios de procedimiento en su formación”, y en el 379, que señala que “los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título”, concluyó que tal competencia se extiende al examen de los vicios competenciales, dentro los que cabe distinguir el quebrantamiento y la sustitución de la Constitución.

De este modo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el control de constitucionalidad sobre los actos reformatorios de la Constitución es posible distinguir entre el que recae sobre vicios estrictamente procedimentales y el que versa sobre los vicios competenciales.

3.1. EL CONTROL SOBRE VICIOS ESTRICTAMENTE PROCEDIMENTALES

Los vicios de forma o de procedimiento son aquellas irregularidades que se presentan durante el trámite de elaboración normativa, por el desconocimiento de los requisitos que la propia Constitución o las leyes que resulten aplicables han establecido para ese efecto, y que tienen como consecuencia la inexecuibilidad del respectivo acto. Al respecto la Corte ha expresado que la forma es el modo de proceder de una cosa, la manera como se hace, y que ello remite a los requisitos externos de expresión de los actos jurídicos, a las cuestiones rituales que se contraponen a su fondo o materia. De allí que pueda afirmarse que los vicios de forma se circunscriben a la manera como fueron debatidas, aprobadas y promulgadas las respectivas disposiciones²⁸.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-501 de 2001.

Por otra parte, no toda disconformidad del trámite normativo con las reglas que lo rigen conduce a la inexecutable, y la propia Constitución señala que, al identificarse un vicio de procedimiento, de ser posible, el acto sujeto a control debe devolverse a la autoridad que lo profirió para que enmiende el defecto observado. A su vez, la jurisprudencia constitucional ha distinguido entre vicios de procedimiento y meras irregularidades de trámite. Así, ha dicho la Corte, en ciertos casos, puede estarse ante una irregularidad irrelevante, “... en la medida en que no vulnera ningún principio ni valor constitucional, y en especial no llega a afectar el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras, ni desconoce el contenido básico institucional diseñado por la Carta. En tales casos, esa irregularidad, en sentido estricto, no configura un verdadero vicio en la formación de la ley...”²⁹.

En repetidas oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la importancia que revisten las formas en el proceso de creación normativa y la significación que, por consiguiente, tiene un control vigoroso sobre la conformidad de tales procesos con las normas procedimentales que los regulan.

En un Estado constitucional y democrático de derecho, la producción normativa, particularmente cuando se trata de la ley o de las reformas a la Constitución, está sujeta a un conjunto de condiciones que se orientan a lograr que ella sea expresión genuina de la voluntad democrática, al punto que solo pueden tener valor normativo aquellas expresiones que hayan cumplido con los requisitos de trámite que permiten dar por configurada esa voluntad democrática³⁰.

En general, tales formalidades tienen que ver con la manera en que, en un sistema democrático se presentan las iniciativas legislativas; se desarrollan los debates, con la posibilidad de que se expongan y confronten las diversas visiones y argumentos como un ejercicio pluralista, de manifestación de distintas posturas políticas a las que se debe dar igual respeto y consideración; se adoptan las decisiones, con aplicación del principio mayoritario, pero con pleno respeto de los derechos de las minorías; se desarrollan la participación y el control ciudadano sobre la

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-872 de 2002.

³⁰ Ver Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-481 de 2019.

actividad normativa, y, cuando sea del caso, se sancionan y promulgan los actos normativos³¹.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional ha expresado que siempre que se esté en presencia de una irregularidad de trámite, es preciso identificar cuál es el fin sustantivo al que atienden las normas de procedimiento invocadas, con el propósito de determinar si se está o no en presencia de un vicio de inconstitucionalidad. Para la Corte “esta lectura sobre la materia, de un lado, rescata el hecho de que la Constitución busca realizar principios y valores materiales, como se prevé en el preámbulo y en los artículos 1 y 2 del Texto Superior; y del otro, torna efectivo el mandato consagrado en el artículo 228 de la Carta, conforme al cual en los trámites procesales prevalece el derecho sustancial”³².

Al hacer un enunciado no exhaustivo de aquellos valores sustantivos cuya protección procuran las formas procesales, la Corte Constitucional ha identificado: “(i) la preservación de la voluntad de las mayorías (principio mayoritario), cuando se trata de reglas vinculadas con la consolidación del quórum o la realización del principio de consecutividad; (ii) la protección del principio de publicidad, cuando se está en presencia de aspectos referentes al sistema de votación adoptado por las cámaras o al cumplimiento de las reglas sobre el anuncio previo; y (iii) la salvaguarda de los derechos de las minorías, en casos vinculados con las reglas que conducen a garantizar la transparencia del debate”³³.

3.1.1. *Parámetros normativos del control*

Tal como se dispone en el artículo 374 de la Constitución en Colombia existen tres vías distintas para adelantar una reforma constitucional: a través del Congreso de la República mediante un Acto Legislativo; por una Asamblea Constituyente, o por el pueblo mediante referendo. A su vez, en el artículo 379 se establece que los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos

³¹ Ibid.

³² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-084 de 2018.

³³ Ibid.

establecidos en el Título XIII de la Carta, sobre “Reforma de la Constitución”. No sobra anotar la impropiedad de haber incluido la consulta popular en la anterior previsión, figura sobre la que nada se dice en el referido título XIII. En su segundo inciso esta norma dispone que la acción pública contra los actos en ella enunciados solo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, previsión que, por mandato expreso, debe armonizarse con lo establecido en el inciso 2 del artículo 241 que señala que tratándose de decidir sobre la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, la Corte deberá pronunciarse con anterioridad al pronunciamiento popular. Tanto en el numeral 1º como en 2º del artículo 241 se reitera lo que se encuentra implícito en el artículo 379 en el sentido de que el control sobre los actos reformativos de la Constitución sólo procede por vicios de procedimiento en su formación.

Por lo demás en ese título, en los artículos 374 y siguientes se establece cuáles serán los requisitos predicables de cada una de las modalidades de reforma. Así, en el artículo 374 se determina la titularidad de la competencia de reforma, que se radica, en orden sucesivo, en el Congreso, en una Asamblea Constituyente, o en el pueblo mediante referendo. No puede dejar de recalcar en este momento la circunstancia de que la Constitución hace una atribución de competencia directamente al pueblo, aspecto que no puede pasarse por alto al momento de indagar, como se ha hecho entre nosotros, sobre si el hecho de contemplar distintas vías de reforma tiene alguna significación sobre la extensión de las competencias de los titulares de cada una de ellas, pese a la ausencia de previsión expresa en la Constitución al respecto.

En el artículo 375 se fijan los requisitos aplicables a las reformas mediante acto legislativo. Se señala, así, en primer lugar, que la iniciativa para presentar proyectos de acto legislativo se radica en el gobierno; en diez miembros del Congreso; en el veinte por ciento de los concejales o los diputados, y en los ciudadanos en un número no inferior al cinco por ciento del censo electoral.

La anterior configuración de la iniciativa en materia de actos legislativos permite avanzar en una consideración que se retomará más adelante de la mano de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cual es el hecho de que la restricción del artículo

379, conforme a la cual el control de constitucionalidad sobre los actos reformativos se restringe a la verificación del cumplimiento de los requisitos de los que venimos hablando, no excluye la verificación sobre el cumplimiento, también, de aquellos otros aspectos de trámite que, pese a que se encuentren en otros títulos de la Constitución o, incluso, en otros cuerpos normativos, sean condición necesaria para la operación de aquellos expresamente previstos en el Título XIII. Así, por ejemplo, el artículo 115 de la Constitución, que hace parte del Título V sobre “Organización del Estado”, establece que el gobierno, en cada asunto particular, se conforma por el Presidente de la República y el ministro o director de departamento correspondiente. De este modo, no podría presentar un proyecto de acto legislativo el Presidente de la República, sin la firma del ministro correspondiente, o, incluso, resultaría problemática la presentación de un proyecto de acto legislativo con la firma del presidente y de uno solo de los ministros, que, en función del contenido del proyecto, no pueda considerarse como “el correspondiente”. De igual manera, para establecer si la iniciativa de acto legislativo de origen ciudadano se ha configurado adecuadamente, sería preciso acudir a las normas que desarrollan los mecanismos de participación, y que tienen regulación expresa sobre la materia.

En cuanto hace al trámite de los actos legislativos, el referido artículo 375 señala que el mismo tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Cabe anotar que esta regulación implicó flexibilizar el régimen que existía antes de 1991, puesto que ahora no se alude a legislaturas, sino a periodos, de manera que una reforma a través del Congreso puede completarse en una sola legislatura, esto es en un solo año calendario, aspecto contenido en el artículo 138. La aprobación del proyecto en el primer periodo requiere el voto favorable de la mayoría de los asistentes, después de lo cual el mismo deberá ser publicado por el gobierno. En el segundo periodo la aprobación requerirá el voto de una mayoría calificada consistente en la mayoría de los votos de los miembros de cada cámara. Es claro que la aplicación de estas disposiciones hace imperativo acudir al artículo 142 que regula lo relativo a las comisiones permanentes de cada cámara, encargadas de tramitar en primer debate los proyectos de acto legislativo o de ley. De este modo, para que un proyecto de acto legislativo adquiera la entidad

de reforma constitucional, se requiere que sea aprobado en ocho debates, cuatro en comisiones y cuatro en plenarias.

Finalmente, el artículo 375 establece que en el segundo periodo sólo podrán presentarse iniciativas presentadas en el primero. En cualquier caso, esta previsión específica resulta complementaria de la contenida en el artículo 160 que da lugar a lo que se ha denominado la identidad flexible³⁴. El artículo 157 de la Constitución prevé que ningún proyecto será ley sin (i) haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva, (ii) haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara, sin perjuicio de los casos en los cuales el primer debate pueda surtirse en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas cámaras, conforme se prevea en el Reglamento del Congreso, (iii) haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate, y (iv) haber obtenido la sanción del Gobierno. Esta exigencia es conocida como el principio de consecutividad en el procedimiento de formación de la ley.

En el artículo 376 se desarrolla la posibilidad de reformar la Constitución a través de una Asamblea Nacional Constituyente. Para ese efecto se requiere que mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra cámara, el Congreso de la República disponga que el pueblo en votación popular decida si convoca una asamblea constituyente. La ley debe determinar la composición de la asamblea, el periodo durante el cual ejercerá sus funciones, así como la competencia que se la atribuya. Ineludible resulta hacer aquí una consideración especial sobre la complejidad teórica que esta formulación normativa plantea a la luz de la pretensión que, por un lado, ha sido impulsada por la Corte Constitucional, conforme a la cual una reforma adelantada por una asamblea constituyente debe tenerse como atribuible al constituyente primario, pretensión que se encuentra en consonancia con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que dio luz verde a la constituyente de 1991, y de la circunstancia, por otro, de que si bien la Constitución contempla la posibilidad de convocar a una asamblea constituyente y señala la manera como debe

³⁴ Este artículo consagra la posibilidad de que durante el segundo debate cada Cámara introduzca a los proyectos de ley o de acto legislativo las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias.

elegirse, radica en la ley la definición de aspectos tan importantes como la composición, el periodo y, lo que es más determinante, la competencia de la Asamblea. Esta última previsión, que es, a la vez, una competencia del legislador, y una restricción para la asamblea, resultaría incompatible con la condición y la caracterización que la Corte Suprema hizo en la aludida sentencia sobre la competencia de una asamblea constituyente como expresión de la soberanía popular.

Todavía no ha ocurrido en Colombia la convocatoria de una asamblea constituyente a la luz de lo dispuesto en el artículo 376 y no ha habido, por consiguiente, oportunidad para que se haga una configuración jurisprudencial de sus perfiles. Por ahora lo que existe es el texto de la Constitución y su desarrollo en la ley estatutaria de los mecanismos de participación.

Además de lo ya indicado, en el artículo 376 se establece que se entenderá que el pueblo convoca la asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. Se contempla así mismo, que la asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro y se dispone que durante el tiempo previsto para la actuación de la Asamblea quedará en suspenso la competencia ordinaria del Congreso para reformar la Constitución.

La reforma a través de referendo se desarrolla en el artículo 378 de la Constitución. Allí se establece que para someter a referendo un proyecto de reforma constitucional se requiere una ley de iniciativa del gobierno o de un 5% de los ciudadanos que integran el censo electoral. La ley debe ser aprobada por una mayoría calificada de la mitad más uno de los miembros de ambas cámaras y el referendo debe respetar lo que la Corte ha denominado la libertad de del elector para decidir que vota positivamente y que vota negativamente. La Constitución contempla también una exigente mayoría para que la reforma se entienda aprobada por referendo, puesto que se requiere el voto favorable de la mitad más uno de los sufragantes y que el número de estos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral. Esta manera como se configuró el requisito de aprobación dio lugar a lo que en la sentencia C-551 de 2003 se denominó "*abstención activa*", en cuanto que quienes se opongan a la reforma pueden optar por no concurrir a las urnas, para evitar así que se configure el umbral

de participación. Sobre la manera como se desarrolla el control de este procedimiento de reforma la Corte se ha pronunciado extensamente en las sentencias C-551 de 2003 y C-141 de 2010.

3.1.2. *La restricción textual sobre la competencia de control*

Tal como se ha señalado, el artículo 379 contiene una limitación a la extensión del control de constitucionalidad sobre los actos reformativos de la Constitución, los cuales sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el título XIII a los que se ha hecho alusión. Dicha restricción encuentra su origen en la Asamblea Constituyente en el hecho de que existía latente el temor de que el órgano de control de constitucionalidad se extralimitara en el ejercicio de sus competencias, bloqueando iniciativas reformadoras legítimas a partir de vicios de procedimiento que no tuviesen la entidad para invalidar la reforma. Dicho temor surgía de las decisiones adoptadas en 1978 y en 1980, cuando la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de sendas reformas constitucionales, en medio de un intenso debate acerca del ámbito de su competencia de control. Parecería, incluso, que esta disposición tendría el alcance de proscribir el control sobre vicios competenciales, en cuanto que alude al incumplimiento de unos precisos requisitos. Sin embargo, también se ha indicado que el examen de esos requisitos muestra que ellos remiten, de manera ineludible, a otros previstos particularmente en el título sobre formación de las leyes e incluso a los contemplados en la ley orgánica del reglamento del Congreso. Esa circunstancia impone la necesidad de establecer la manera como sería posible armonizar el mandato expreso del artículo 379, con la necesaria consideración de disposiciones procedimentales ajenas al Título XIII para determinar la regularidad procedimental de los procesos de reforma constitucional.

3.1.3. *La fijación jurisprudencial del alcance del artículo 379*

En la sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional, al pronunciarse específicamente sobre los parámetros normativos de control aplicables a la ley por medio de la cual se convoca a un referendo para reformar la Constitución, fijó las reglas que permiten

hacer la aludida armonización. Concluyó la Corte que, por un lado, *“las normas de referencia para adelantar el control constitucional de la ley que convoca un referendo son no sólo el Título XIII de la Constitución sino también aquellas otras disposiciones de la Carta, del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992) y de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación (LEMP o Ley 134 de 1994), que sean necesarias para determinar el alcance de los requisitos constitucionales de aprobación de la ley que convoca a un referendo”*. Por otra parte, la Corte puntualizó que *“no toda infracción de las disposiciones del reglamento provoca la inconstitucionalidad de la ley de referendo. Únicamente las violaciones del Título XIII y de la Carta, o de aquellas disposiciones del Reglamento del Congreso y de la LEMP que desarrollen estrecha y directamente principios y valores constitucionales, y en particular los “requisitos” establecidos por el Título XIII de la Carta, representan vicios susceptibles de provocar la inconstitucionalidad de la ley de referendo (C.P. artículo 379)”*.

3.1.4. *El principio de instrumentalidad de las formas*

La Corte Constitucional ha expresado que en el ámbito de las reglas de procedimiento aplicables a los procesos de elaboración normativa es preciso tener en cuenta que ellas atienden a la materialización de unos principios sustantivos, por manera que su infracción solo puede dar lugar a invalidar el respectivo acto cuando de ella se siga la afectación del principio subyacente. Es lo que se conoce como el principio de instrumentalidad de las formas. Así, ha dicho la Corte *“... para invalidar ... una reforma constitucional por haber incurrido en el desconocimiento de una regla es preciso demostrar que su desconocimiento es de tal entidad que puede vulnerar la conformación de la voluntad democrática”*³⁵.

Para la Corte, los requisitos de forma *“... no están diseñados para obstruir los procesos o hacerlos más difíciles”*, sino que, de acuerdo con el principio de instrumentalidad de las formas, las reglas procesales no tienen un valor en sí mismo y deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo. Con todo, la Corte ha llamado la atención sobre el hecho de que de ese principio se derivan al menos dos consecuencias, la primera, como se ha dicho, que la interpretación del alcance de las normas que

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-294 de 2012.

gobiernan la formación de los actos normativos debe realizarse teniendo en cuenta los valores materiales que esas reglas pretenden realizar; la segunda que lo anterior "... no implica que las formas procesales en general, y las normas constitucionales que rigen la aprobación de las leyes en particular, sean irrelevantes y puedan ser ignoradas. Por el contrario, ellas son importantes y deben ser respetadas, precisamente porque protegen valores significativos³⁶.

3.1.5. *La instrumentalización del procedimiento*

Como se ha podido advertir, el criterio de armonización entre la regla del 379 y la necesaria remisión a contenidos normativos distintos a los previstos en el Título XIII es altamente indeterminado, circunstancia que confiere un amplio margen de apreciación a la Corte Constitucional, al punto de que permite que ocurra, como, en mi criterio, de hecho ha ocurrido en más de una oportunidad, la instrumentalización de las reglas de procedimiento para producir un resultado de inconstitucionalidad, formalmente apegado al tenor del artículo 379, pero materialmente predeterminado por un rechazo al contenido material de la reforma, que permanece oculto, pero que puede adivinarse a partir de la manera como se argumenta el vicio procedimental.

Así, en la sentencia C-740 de 2013, al estudiar una demanda contra el A.L. 02 de 2012, por medio del cual se reformaban las normas que regulaban el fuero penal militar "... la Corte Constitucional encontró fundado el primer cargo de la demanda, relacionado con el hecho de que durante el quinto debate del proyecto antecedente de este Acto Legislativo cumplido ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el 26 de septiembre de 2012, se infringió una regla coincidentemente contenida en dos distintos artículos del Reglamento del Congreso, la que prohíbe las sesiones simultáneas de comisiones y plenarios. Ello por cuanto la sesión de la Comisión Primera de la Cámara se extendió hasta las 4:10 de la tarde, mientras que la de la plenaria de la misma corporación estaba citada para las 2:00 p. m. y comenzó

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-872 de 2002.

sus deliberaciones a las 4:11 p. m., inmediatamente después de que se reuniera el quórum necesario³⁷.

En este caso, parecería evidente, contra el criterio de la Corte, que no hubo simultaneidad en los debates, como quiera que el de la comisión terminó a las 4:10 y el de plenaria inició un minuto después. Pero fuere de ello lo que fuere, lo cierto es que no hay manera de establecer una conexión necesaria entre las normas reglamentarias que prohíben la simultaneidad de los debates y los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución para la aprobación de los actos reformativos de la Constitución. Admitir lo contrario implicaría dejar sin efectos la previsión del artículo 379 de la Constitución en contravía con el criterio fijado por la propia Corte, conforme al cual es preciso armonizar esos extremos, de manera que la infracción de una norma reglamentaria solo puede dar lugar a la inconstitucionalidad de un acto reformativo de la Constitución cuando dicha infracción pueda ser reconducida a los requisitos previstos en el Título XIII de la Constitución. Adicionalmente podría señalarse que la aludida irregularidad, de haber existido, no tenía la entidad suficiente para afectar el proceso de formación de la voluntad democrática en el trámite de la reforma.

Este ejemplo, junto con otros que sería posible analizar³⁸, reafirma la apreciación conforme a la cual, en buena medida en función del resultado querido a la luz de una consideración no expresada sobre el fondo del acto reformativo, se fija discrecionalmente el tipo de vicios que es posible tener en cuenta a efectos de declarar la inexecutable

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-740 de 2013.

³⁸ En el mismo sentido podrían citarse, también por vía de ejemplo, la sentencia C-816 de 2004, en la cual la Corte, al analizar una controversial reforma constitucional que modificaba los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política para adoptar medidas para enfrentar el terrorismo, decidió que la mayoría calificada que la Constitución exige para la aprobación del proyecto de reforma, se predica también de la aprobación de la proposición por medio de la cual se dispone iniciar el debate. Incluso en la sentencia C-141 de 2010, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la ley 1354 de 2009 que convocaba a un referendo constitucional para permitir una segunda reelección presidencial, la Corte, junto con las consideraciones de tipo competencial, dio por establecidos un conjunto de vicios de procedimiento, que, al margen del sólido desarrollo conceptual que se hizo para sustentarlos, en su análisis concreto, difícilmente pueden remitirse a los requisitos previsto en el Título XIII de la Constitución.

de una reforma constitucional, con lo cual se deja sin efecto alguno el artículo 379, cuya aplicación queda subordinada al criterio de la Corte Constitucional.

Parecería claro que se impone aquí el ejercicio por la Corte del criterio de *self restraint* que conduzca a una aplicación consistente del principio de instrumentalidad de las formas, que, en este escenario concreto, se encuentra reforzado por la expresa restricción contenida en el artículo 379 de la Constitución.

3.1.6. *¿Un control estricto frente a un procedimiento flexible?*

La conclusión a la que se llegó en el apartado anterior nos ubica, sin embargo, ante otro interrogante, derivado de la circunstancia de que la Constitución colombiana puede catalogarse como relativamente flexible, más aún a partir de 1991, cuando el procedimiento de reforma constitucional mediante acto legislativo se hizo más expedito, puesto que puede cumplirse en dos periodos dentro de una misma legislatura. Y es que podría argumentarse que esa relativa flexibilidad, que se traduce en un procedimiento de reforma no demasiado exigente, debe acompañarse, para preservar la integridad y la estabilidad de la Constitución, que es precisamente lo que se pretende con el establecimiento de procedimientos especialmente dificultados de reforma, de un más estricto examen sobre la corrección del procedimiento en sede del control de constitucionalidad.

3.1.7. *Principio in dubio pro legislatoris vs. Integridad de la Constitución*

De ordinario el control de constitucionalidad de las leyes se ha desarrollado bajo el principio *in dubio pro legislatoris*, de acuerdo con el cual “...en caso de duda razonable acerca de la ocurrencia de un vicio de procedimiento, aquélla debe ser resulta a favor de la decisión mayoritaria adoptada por un cuerpo deliberante, como lo es el Congreso de la República”³⁹. Se trata, ha dicho la Corte Constitucional, de que ante la ausencia de certeza sobre la existencia de un vicio de procedimiento se haga prevalecer el principio democrático del que

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-332 de 2012

son expresión las cámaras legislativas. Esta postura es a su vez expresión del principio de conservación del derecho.

De este modo, si bien el control sobre los vicios de procedimiento hace parte de la garantía de la integridad del orden constitucional, que exige que las expresiones normativas solo se tengan por tales cuando se hayan expedido con sujeción a las reglas de procedimiento previstas para el efecto, no es menos cierto que en caso de duda debe obrar un criterio de deferencia hacia el legislador que puede justificarse, además, en el hecho de que en principio, la corrección del trámite legislativo está en cabeza de los propios legisladores y de sus órganos internos, razón por la cual el recurso al juez constitucional debe ser la *ultima ratio*, en casos en los que el desconocimiento del procedimiento aparezca de manera evidente y tenga una entidad sustantiva.

3.1.8. *¿Inversión del principio?*

Más allá de las poderosas razones que ha esgrimido la Corte Constitucional para defender la necesidad de ejercer un control reforzado de constitucionalidad sobre vicios procedimentales cuando se trata de actos reformativos de la Constitución, y de la sólida construcción conceptual que se ha hecho al respecto, cabría preguntar si, en la práctica, al amparo de esa aproximación, no se ha producido una inversión del principio, que le permite a la Corte decidir discrecionalmente sobre el tipo de irregularidad que, en cada caso concreto puede dar lugar a declarar la inexecutableidad de una reforma Constitucional.

Con todo, la Corte Constitucional parece adherir a la idea de acuerdo con la cual no es posible, a partir de una afirmación sobre la prevalencia del principio democrático, legitimar las decisiones de reforma que se hayan adoptado por fuera de las formas prescritas. Esa aproximación a un procedimiento débil de revisión constitucional implicaría desconocer que la rigidez y la dificultad de un procedimiento permiten preservar las reglas fundamentales establecidas en la Constitución y garantizan la seguridad jurídica⁴⁰. De ello se seguiría, además, que el rigor en

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010.

el control, se orienta a asegurar que los procesos de reforma sean expresión de una auténtica voluntad democrática, configurada de la manera prevista en la Constitución, y no la manifestación arbitraria de fuerzas políticas, que, en cuanto no se ajustan a esos requerimientos, no pueden reclamar legitimidad democrática.

3.2. EL CONTROL SOBRE VICIOS COMPETENCIALES

Como se ha dicho, quizá bajo el influjo de la percepción, presente en muchos sectores de la opinión para el momento en que se convocó la asamblea constituyente de 1991, conforme a la cual la Corte Suprema de Justicia había desbordado sus competencias de control y con ello había producido un bloqueo institucional, en la nueva Constitución se consagró de manera expresa el control sobre los actos reformativos de la Constitución, pero advirtiendo que el mismo debía ejercerse en los estrictos y precisos términos señalados en la norma de atribución de competencia y que tales actos sólo podrían declararse inexecutable cuando desconocieran los requisitos del Título XIII de la Constitución, sobre reformas constitucionales.

En ese contexto, cuando en el año 2003 la Corte Constitucional se enfrentó por primera vez a la necesidad de abordar el control sobre la convocatoria a un referendo para reformar la Constitución, se le planteó el interrogante sobre si esa configuración textual del control limitaba su competencia a los aspectos estrictamente de trámite, o si, de algún modo, cabía una consideración sobre los contenidos.

La posibilidad de que una norma constitucional pudiese ser inconstitucional, más allá del contrasentido lógico que parecería surgir del enunciado, había sido ampliamente discutida por la doctrina constitucional en el ámbito comparado, y tenía importantes manifestaciones en nuestro país, las cuales, precisamente, encontraron su expresión en las sentencias de 1978 y 1981 de la Corte Suprema de Justicia a las que se ha hecho alusión. Pero el texto constitucional expresamente proscribió esa aproximación. De allí que la Corte Constitucional debía ensayar una vía distinta, y lo hizo con el recurso a la teoría de la sustitución de la Constitución.

Enunciada en términos elementales tal teoría expresa que el poder de reforma, en cuanto que poder constituido, está habilitado

para reformar la Constitución de 1991, pero no para sustituirla en su integridad por una distinta e incompatible con ella, posibilidad que queda reservada a la actuación del constituyente primario. A sustentar este desarrollo se destina buena parte del ejercicio argumentativo de la Corte, que debía, además, encuadrar esa modalidad de control sobre los contenidos en la restricción de su competencia a los vicios de procedimiento. Para ello la Corte configuró su aproximación como referida al análisis de las competencias del poder de reforma, las cuales, concluyó, no son ilimitadas, y en todo caso constituyen un presupuesto del procedimiento. Se trata entonces de que los vicios de procedimiento que definen la competencia de la Corte pueden ser vicios de procedimiento propiamente dichos o vicios de trámite, y vicios competenciales, que implican un pronunciamiento sobre el contenido.

De manera paralela, pero sin la misma intensidad analítica, la Corte desarrolló otra figura que también encuadra dentro de los vicios competenciales, por cuanto implica que quien tiene competencia para reformar la Constitución, acudiendo para ello a los procedimientos expresamente señalados en la Constitución, no puede emplear tales procedimientos para producir algo distinto de una reforma constitucional, esto es, para adoptar medidas que impliquen inaplicar o excepcionar para casos concretos determinadas previsiones constitucionales. Es lo que se conoce como quebrantamiento de la Constitución.

Se pasa, entonces, a desarrollar muy brevemente estos dos tipos de vicios competenciales.

3.2.1. *Quebrantamiento de la Constitución*

En la sentencia C-551 de 2003 la Corte Constitucional puntualizó que entre los vicios competenciales que pueden dar lugar a la declaratoria de inexecutable de una reforma a la Constitución se encuentra el denominado quebrantamiento constitucional. Señaló la Corte que ello ocurre cuando se produce "... las autoridades recurren a las formas de la reforma constitucional, pero no para modificar, de manera general, las cláusulas constitucionales, sino exclusivamente para adoptar una decisión política singular y

puntual, contraria a los preceptos constitucionales”. Agregó la Corte que para determinar si existe o no ese quebrantamiento de la Carta, cabe aplicar un “test de efectividad de la reforma”, que se realiza verificando si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma. “Si las normas siguen siendo las mismas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto, con el ropaje de la reforma constitucional, una decisión política singular de tipo plebiscitario”.

La doctrina ha distinguido entre lo que Schmitt denominó quebrantamiento inconstitucional de la Constitución, que en su criterio ocurre cuando se da una “violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional sin atender al procedimiento previsto para las reformas constitucionales”⁴¹, de lo que el mismo autor califica como quebrantamiento constitucional de la Constitución y que se daría cuando se presenta una “violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional para uno o varios casos concretos, cuando, o bien es permitido dicho quebrantamiento excepcional por una ley constitucional (...) , o bien se observa para ello el procedimiento previsto para las reformas constitucionales”.

Es posible advertir que la construcción de la Corte Constitucional de Colombia se aparta de la aproximación de SCHMITT, en cuanto que, de acuerdo con su jurisprudencia, el quebrantamiento, en cuanto que violación de la Constitución con una medida excepcional, siempre tendría carácter antijurídico. Cabría entonces indagar sobre la posibilidad de que por vía del procedimiento de reforma se introduzcan excepciones a la aplicación de ciertas normas de la Constitución, sin que ello necesariamente comporte un quebrantamiento de la Carta. Ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando en el marco de una reforma constitucional, como medida de transición, se adoptan, hacia futuro, medidas exceptivas y transitorias, que, pese a que implican dejar de aplicar ciertas previsiones constitucionales, no pueden calificarse como un quebrantamiento de la Carta.

Ilustrativo de lo anterior resulta el hecho de que, al paso que SCHMITT presenta como ejemplo de un quebrantamiento

⁴¹ SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, 116.

constitucional de la Constitución la hipótesis de la prolongación por una sola vez del periodo de mandato de un Parlamento, o, incluso, del Presidente del Reich, observando el procedimiento de reforma constitucional, en Colombia, la Corte Constitucional aplicó su elaboración sobre el quebrantamiento de la Constitución, precisamente, a la pretensión de reformar la Constitución con el alcance de extender el periodo del mandato de los gobernadores y alcaldes en ejercicio. Para la Corte, aun en el contexto de la transición hacia un nuevo régimen de periodos, resultaba ajeno a la competencia del poder de reforma la extensión de tales periodos, puesto que ello implicaba emplear el procedimiento de reforma para producir lo que en este caso tenía el alcance de un acto electoral.

Con la misma lógica cabría señalar que en Colombia no sería posible que, a través de una reforma constitucional, se recortara, por una sola vez, el periodo de quienes se desempeñan en los órganos constitucionales, con efecto inmediato. Tal sería el caso de la revocatoria del Congreso, o del Presidente de la República, eventualidades a las que con cierta recurrencia se hace alusión, o la de cualquiera de los órganos supremos, como las altas Cortes, la Procuraduría, la Fiscalía, la Contraloría y demás órganos constitucionales.

Estaría pendiente la delimitación de las hipótesis en las que, por vía de reforma constitucional, cabría excepcionar la aplicación de los preceptos de la Carta.

3.2.2. *Sustitución de la Constitución*

Tal como quedó expresado, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se produce una sustitución de la Constitución cuando el poder de reforma en lugar de modificar cualquier disposición del texto vigente, con su actuación provoca "... la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución"⁴². Para la Corte es claro que "... el título XIII habla de la 'reforma' de la Constitución de 1991, pero en ningún caso de su eliminación o sustitución por otra Constitución distinta,

⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551 de 2003.

lo cual solo puede ser obra del constituyente originario⁴³. Así, expresó la Corte, “el Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia⁴⁴.”

La teoría que la Corte ha desarrollado a partir de ese enunciado presenta no pocas complejidades, entre las cuales cabe llamar la atención sobre el hecho de que la misma se aplica indistintamente a fenómenos que en la doctrina y el derecho comparado han recibido denominaciones y tratamientos diversos.

Entre tales complejidades quisiera destacar el hecho de que, bajo la formulación de la Corte, el concepto de sustitución puede aplicarse a la sustitución de la idea misma de Constitución, lo que podría denominarse como supresión de la Constitución, pero también resulta aplicable a reformas que implican sustituir los que se consideran elementos definitorios de la identidad de una Constitución determinada.

En el primer caso se trataría de reformas que impliquen suprimir aquellos elementos que dentro del constitucionalismo se consideran ineludibles para que pueda decirse que un Estado tiene Constitución. Entre ellos están la garantía de los derechos y el origen democrático del poder. Del mismo modo hacen parte de esa idea los mecanismos que se han ideado para la efectividad de esos postulados sustantivos, entre los cuales se encuentran la separación funcional del poder entre distintos órganos y los controles inter-orgánicos. La supresión de uno de tales elementos implicaría sustituir la Constitución por algo distinto, no susceptible de encuadrarse dentro de esa idea fundamental.

A su vez, la segunda acepción ocurriría cuando, preservando los elementos propios de la idea de Constitución, una reforma sustituye elementos que se consideran definitorios de la identidad de una Constitución en particular. Tal podría ser el caso, eventualmente,

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

de una reforma que cambie la configuración unitaria del Estado por una de carácter federal, o el modelo presidencial de gobierno por uno parlamentario. Es claro que en ambos casos se mantiene la idea de Constitución, pero parecería claro también que sería posible sostener que una reforma de esa envergadura implicaría sustituir la identidad de la Constitución originaria.

Independientemente del fundamento teórico a partir del cual la Corte ha construido esta expresión de control, su mayor complejidad reside en la metodología que debe emplearse para determinar cuándo un acto reformativo, en realidad, da lugar a una sustitución de la Constitución. Complejidad a la que se suma el hecho de que la propia Corte Constitucional ha admitido que no cabe alentar una pretensión de intangibilidad absoluta de la Constitución y que, en el extremo, es necesario contemplar un mecanismo que, sin exigir una ruptura, permita sustituir la Constitución adoptada en un momento dado, por otra que se considere más adecuada por el constituyente primario en el futuro.

Para el primer objetivo la Corte ha desarrollado el denominado test de sustitución, cuyos elementos, pese a que requieren todavía un mayor desarrollo, son suficientemente conocidos y no es del caso exponer aquí. En cuanto a lo segundo, la Corte ha expresado que un canal institucional para la expresión del constituyente primario, con la posibilidad de sustituir la Constitución, sería la convocatoria de una asamblea nacional constituyente específicamente para ese propósito. A esta elaboración, sin embargo, cabe oponerle dos interrogantes: por un lado, la dificultad de concebir al primario, que se ha entendido como un poder originario, extra-normativo y no sujeto a límites, como un poder normativamente configurado, no solo en la Constitución, sino en la ley que convoca la asamblea constituyente y le fija tanto su ámbito competencial, como las condiciones procedimentales y temporales para su actuación. Por otro lado, parecería necesario concluir que la competencia de control de la Corte Constitucional, aún en el escenario de una asamblea que pueda tenerse como expresión del constituyente primario, no podría dejar de manifestarse para invalidar una reforma que implicase una supresión de la idea misma de Constitución. En una hipótesis tal, el poder al que se le había dado la calificación de constituyente primario carecería de la condición de tal, como quiera que estaría subordinado al dictamen de la Corte.

4 CONCLUSIÓN

Como conclusión de este ejercicio descriptivo del proceso de configuración del control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución es posible señalar que nos encontramos ante un diseño todavía inacabado, cuyas complejidades se manifiestan en la tensión que se presenta entre la necesidad de, por un lado, brindar garantía para los consensos fundamentales en los que consiste una Constitución, y la necesidad, también, por otro, de permitir la actualización de la Constitución por vía de los mecanismos de reforma, incluso cuando, en determinadas condiciones, ello implique una sustitución de la identidad de la Constitución. Esa tensión sería expresión, a su vez de la que existe entre el principio de supremacía constitucional, por virtud del cual se busca dar estabilidad y continuidad a los presupuestos de un implícito pacto social, y el principio democrático, a cuyo amparo cabe reivindicar la posibilidad de producir alteraciones en los consensos básicos, cuando se estime que es necesario producir nuevos arreglos constitucionales. En ese escenario, el papel del órgano de control tiene particular relevancia en una Constitución que, como la colombiana, puede calificarse de relativamente flexible, circunstancia que permite que, eventualmente, mayorías puramente coyunturales, produzcan alteraciones sustantivas en el ordenamiento superior, que puedan no corresponder a un efectivo consenso que sea oponible al que había sido obtenido en un momento dado y que se mantiene más allá de esas pretensiones reformistas. Sin embargo, descubrir cuándo se está ante una actuación ilegítima de las competencias de reforma y cuando ante la genuina expresión de una decisión democrática de cambio, es una tarea compleja, dentro de la cual se advierte un alto grado de discrecionalidad en la actuación de la Corte. El equilibrio entre una activa defensa de la Constitución y un *self restraint* de la Corte que impida que se produzcan bloqueos frente a expresiones claramente democráticas de reforma es el desafío del sistema.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-084 de 2018 (2018).

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-141 de 2010 (s. f.).

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-150 de 2015 (2015).

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-294 de 2012 (2012).
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-481 de 2019 (2019).
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-501 de 2001 (2001).
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-551 de 2003 (s. f.).
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-740 de 2013 (2013).
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-872 de 2002 (2002).
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de 5 de mayo de 1978 (s. f.).
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 20 de abril de 1912 (1912).
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 28 de noviembre de 1957 (1957).
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de abril 16 de 1971 (1971).
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de junio 28 de 1952 (1952).
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *La evolución de la justicia constitucional*. Colección Dykinson-Constitucional. Madrid: Editorial Dykinson S.L, 2013.
- GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo. *Poder Constituyente y Control Jurisdiccional*. Pontificia Universidad Javeriana, 1984.
- SCHMITT, Carl; AYALA, FRANCISCO y GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- Sentencia de 20 de octubre de 1913 (1913).
- VENEGAS FRANCO, Alejandro y TORRES VILLARREAL, María Lucía. *Las objeciones presidenciales a los actos legislativos: una revisión constitucional*, 2013. <http://www.digitaliapublishing.com/a/46354/>.

CAPÍTULO III

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE DECRETOS CON FUERZA DE LEY
DICTADOS CON FUNDAMENTO EN
FACULTADES EXTRAORDINARIAS

ANDRÉS MUTIS VANEGAS*

Sumario: 1. CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DECRETOS CON FUERZA DE LEY. 2. OBJETO Y ALCANCE DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS. 3. DIFERENCIAS ENTRE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1886 Y EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991. 4. EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE DECRETOS CON FUERZA DE LEY EXPEDIDOS BAJO EL AMPARO DE LA CONSTITUCIÓN ANTERIOR. 5. SOBRE LA PRECISIÓN DE LAS FACULTADES LEGISLATIVAS CONFERIDAS. 6. SOBRE LA DURACIÓN DE LAS FACULTADES LEGISLATIVAS CONFERIDAS. 7. SOLICITUD Y APROBACIÓN DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS. 8. LIMITACIONES TEMÁTICAS PARA EL OTORGAMIENTO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS LEGISLATIVAS. 9. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE DECRETOS CON FUERZA DE LEY DISTINTOS A LOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 150 NUMERAL 10. REFERENCIA.

1. CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DECRETOS
CON FUERZA DE LEY

La Constitución Política, al detallar en el artículo 241 las distintas funciones que cumple la Corte Constitucional, previó

* Abogado egresado de la U. Javeriana especialista en derecho administrativo, constitucional y comercial, políticas públicas y relaciones entre los sectores público y privado, con énfasis en los temas de contratación estatal, responsabilidad del Estado, nulidad de actos administrativos, derechos fundamentales, acciones de tutela y otras acciones constitucionales, como investigador, analista y apoderado en procesos judiciales y/o actuaciones administrativas.

en su numeral 5º la competencia para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en el artículo 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. La asignación de esta función es consecuencia de la consolidación de la regla no escrita sobre la misión de nuestro máximo juez constitucional, según la cual a aquél le corresponde conocer sobre la posible contrariedad existente entre normas de rango legal y la Constitución, mientras que, un escalón más abajo en la escala normativa, al Consejo de Estado y a la jurisdicción contencioso administrativa en general, se le asigna la misión de conocer sobre la posible ilegalidad y/o inconstitucionalidad de los actos administrativos.

En esta línea, debemos recordar que, a diferencia de otras de las competencias atribuidas al tribunal constitucional, esta función no fue creada apenas por la Constitución de 1991. En la medida en que también los decretos con fuerza de ley estuvieron presentes en el pasado texto constitucional desde su origen¹, la acción de inconstitucionalidad contra ellos es también de larga data en el derecho colombiano, habiendo estado entonces atribuido su conocimiento a la Corte Suprema de Justicia. En esta medida, y especialmente durante la segunda mitad del Siglo XX, cuando el uso de este mecanismo se hizo extremadamente frecuente, existen en la jurisprudencia preconstitucional un buen número de antecedentes relevantes.

Además de su uso recurrente, por ejemplo, para la expedición y reforma de los principales códigos² y muchas otras importantes normas sobre diversos temas, los alcances de esta posibilidad constitucional eran considerablemente amplios, y el control que en su tiempo ejercía la Corte Suprema de Justicia, relativamente laxo.

¹ Originalmente en 1886, las leyes de facultades extraordinarias aparecían en el numeral 10 del artículo 76. En el texto constitucional reformado y derogado en 1991 aparecían en el numeral 12 del mismo artículo.

² Fueron expedidos por esta vía, entre otros, el Código de Procedimiento Civil y el Código Nacional de Policía de 1970, el Código de Comercio de 1971, el Código Penal de 1980, el Código Contencioso Administrativo de 1984, los Códigos de Procedimiento Penal de 1971 y 1987, el Código de Menor de 1989 y varias importantes reformas de aquéllos.

Esas circunstancias condujeron a que la Asamblea Constituyente de 1991 introdujera importantes precisiones a la norma que permite el otorgamiento de estas facultades, hoy en día contenidas en el numeral 10 del artículo 150, las que, a su turno, determinan los alcances del control constitucional que actualmente se ejerce respecto de ellas. En la misma línea, el control cumplido por la Corte Constitucional ha sido más profundo y exhaustivo que el desarrollado antes de 1991.

De otra parte, con apoyo en esta función, la Corte Constitucional ha conocido de demandas ciudadanas dirigidas contra decretos con fuerza de ley en general, distintos a los expresamente previstos en el numeral 5º del artículo 241, especialmente a partir de la práctica, usual desde la expedición de la Constitución de 1991, de otorgar en forma transitoria facultades legislativas al Gobierno Nacional, no mediante ley, sino por mandato directo de las normas constitucionales, usualmente de carácter eventual.

Los factores respecto de los cuales en 1991 se crearon restricciones para el otorgamiento de facultades legislativas extraordinarias se han visto reflejados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en tal medida es mucho más precisa y detallada que la de su antecesora. Con todo, con apoyo en esa misma competencia, este tribunal ha conocido de un gran número de demandas contra decretos con fuerza de ley expedidos bajo el marco constitucional anterior, tema respecto del que no ha vacilado en reafirmar su competencia, y sobre el cual ha consolidado una clara línea jurisprudencial.

2. OBJETO Y ALCANCE DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS

A diferencia de lo que ocurría en el precedente texto superior, la Constitución de 1991 aclara que el objeto específico de las llamadas *facultades extraordinarias* es el de expedir normas con fuerza de ley, función que como es sabido, no es propia del Poder Ejecutivo, pues normalmente éste debe cumplir sus funciones aplicando las leyes que hubiere aprobado el Congreso de la República, y en caso de que juzgue necesaria su modificación o la expedición de nuevas leyes, cuenta con iniciativa propia para proponer al legislativo

su estudio y adopción. En esa línea, esta posibilidad ha sido concebida ante la urgencia que de tiempo en tiempo puede surgir por modificar el marco normativo que al nivel de las leyes exista frente a determinada materia, en casos en que no pareciera viable esperar el tiempo que usualmente lleva el trámite legislativo, el cual puede incluso, por su propia dinámica, terminar frustrándose, sin la expedición de las normas que se estimaban necesarias.

Así las cosas, es claro que la competencia para expedir decretos con fuerza de ley incluye no solo la adopción de nuevas normas, sino también la de modificar o derogar, según fuere necesario, las leyes preexistentes, al paso que los llamados decretos leyes que en este escenario se expidan, pueden así mismo ser modificados o derogados por el Congreso de la República, o por el mismo Poder Ejecutivo, en ejercicio de nuevas facultades extraordinarias.

3. DIFERENCIAS ENTRE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1886 Y EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Como se anotó anteriormente, desde su origen, la Constitución de 1886 previó la posibilidad de que el Congreso de la República prestara transitoriamente su función legislativa al Presidente de la República, en términos bastante genéricos. El numeral 10 del artículo 76, que años después, y sin nunca alterar su texto, fue clasificado como numeral 12, solo hacía referencia a dos aspectos: a la transitoriedad de tal traslado competencial, que en todo caso no tenía un parámetro temporal mínimo ni máximo, y a un elemento de necesidad o conveniencia, que usualmente estuvo librado al autónomo criterio del órgano legislativo. Así las cosas, bien podía el Congreso, a su libre discreción, decidir traspasar sus competencias legislativas al Presidente de la República, incluso por lapsos de varios años, sin ningún límite temático, y sin que aquél lo hubiere solicitado, o al menos estuviere de acuerdo en la necesidad de ejercerlas.

El nuevo texto constitucional, vigente desde 1991 no solo se refirió de manera expresa al propósito de las facultades extraordinarias que pueden conferirse al jefe de Estado y de gobierno, sino que además: i) señaló el término de seis (6) meses como tiempo máximo para el ejercicio transitorio de las funciones

legislativas; ii) estableció la necesidad de que el Gobierno solicite al Congreso el otorgamiento de tales facultades; iii) determinó la necesidad de que la concesión de las facultades legislativas sea aprobada por mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras, y iv) señaló una serie de temas o tipos de normas para cuya regulación legislativa no podrán conferirse facultades extraordinarias, pues ellos deberán necesariamente ser objeto de leyes, expedidas por el Congreso de la República.

En todo caso, y como es previsible, la mayoría de estos elementos no aparecen desarrollados en las decisiones de constitucionalidad respecto de los decretos con fuerza de ley, sino en las relativas a las respectivas leyes habilitantes, al paso que las decisiones que directamente atañen a los decretos se refieren más que todo al posible exceso en el uso de las facultades conferidas y a la conformidad constitucional de su contenido material. Al mismo tiempo, es claro que si una ley habilitante es declarada inconstitucional por contrariar alguno de estos elementos, los decretos que con base en ella hubieren sido expedidos serán así mismo inexecutable, como consecuencia de la desaparición de tales facultades legislativas.

De otro lado, la acción pública de inconstitucionalidad contra estos decretos con fuerza de ley está sujeta a las reglas contenidas en los artículos 242 a 244 de la Constitución Política, entre ellas la relacionada con la caducidad de la acción en el término de un año, cuando quiera que la demanda esté basada en la posible existencia de vicios de forma, si es que este criterio resulta pertinente frente a la expedición de los decretos con fuerza de ley. También son aplicables las reglas de procedimiento contenidas en el Decreto 2067 de 1991, que por cierto es un decreto con fuerza de ley, pasible de la misma acción que en este caso se analiza.

4. EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE DECRETOS CON FUERZA DE LEY EXPEDIDOS BAJO EL AMPARO DE LA CONSTITUCIÓN ANTERIOR

En vista de que la entrada en vigencia de una nueva Constitución no implicó la derogación de todo el orden jurídico preexistente, y que además el nuevo texto superior ofrece a los ciudadanos los mismos

medios de control existentes antes de su expedición, por espacio de casi tres décadas se han presentado y decidido un buen número de acciones de inconstitucionalidad contra decretos con fuerza de ley expedidos antes de la Constitución de 1991. Dado que aún se encuentran vigentes algunos de los códigos que en su momento fueron expedidos a través de este mecanismo, así como no pocas normas de este tipo sobre muy variados temas, y en vista de la no caducidad de la acción, presumiblemente el tema continuará planteándose ante la Corte Constitucional por tiempo indeterminado.

Si bien durante los primeros años surgieron algunas dudas sobre la forma en que el juez constitucional decidiría sobre estos casos, incluso sobre si en realidad tenía esa competencia, el asunto fue prontamente dilucidado. La Corte concluyó que, tanto como podría ocurrir con las leyes tramitadas por el Congreso antes de expedirse la nueva Constitución, es viable el control de los decretos leyes dictados durante esa misma época, pues solo así es posible ejercer en debida forma, la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Ahora bien, dado que el numeral 5º del artículo 241 de la Constitución refiere la competencia para conocer demandas respecto de decretos con fuerza de ley al hecho de que ellos hayan sido dictados con fundamento en ciertas normas específicas (artículo 150 numeral 10 y 341 de la actual Constitución), lo que resulta imposible frente a disposiciones expedidas antes de su vigencia, en ocasiones aquélla se ha atribuido al numeral 4º, que se refiere a las demandas contra las leyes, bajo la simple consideración de tratarse de normas con fuerza de ley, mientras que en otros casos se ha entendido radicada en el numeral 5º, bajo el supuesto de que es este precepto el que actualmente prevé la competencia para conocer de este específico tipo de norma. En todo caso, en ningún momento la Corte ha puesto en duda la posibilidad de ocuparse de este tema, si bien se mantienen vigentes las dos posturas respecto de la norma que así lo establece, incluso sin mayor debate o extensas consideraciones al respecto.

Ahora bien, desde sus primeras decisiones³ la Corte ha precisado, como no podría ser de otra forma, que los cuestionamientos que

³ Ver entre ellas las sentencias C-416 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-467 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-647 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz).

se planteen contra decretos con fuerza de ley expedidos antes de la Constitución de 1991, se mirarán a la luz de las disposiciones de esta última, en todo lo relacionado con su contenido material, mientras que lo atinente a la competencia para expedirlos o cualquier otro tema de forma se analizará con respecto al marco constitucional vigente al momento de su expedición. En todo caso, la casi totalidad de las glosas que a la fecha se aducen contra estos decretos se refieren a posibles disconformidades entre su contenido material y el nuevo texto superior, por cierto, mucho más amplio que el anterior, en cuanto la carta de 1991 abarca un gran número de temas que antaño tuvieron tratamiento exclusivamente legal, o incluso administrativo.

En esta línea, en todo lo que respecta a las restricciones introducidas por la nueva Constitución a la posibilidad de conferir facultades extraordinarias al Presidente, es claro que ninguna de ellas aplica para decretos expedidos con anterioridad a su vigencia, incluyendo entre éstas la restricción temporal de estas facultades a máximo seis (6) meses, la prohibición de concederlas para expedir códigos⁴ y/o normas sujetas a reserva de ley estatutaria⁵, o lo relativo a la iniciativa de estos proyectos de ley o a su aprobación por mayoría absoluta de votos por el órgano legislativo. La infracción a alguno de estos criterios solo podrá causar la inconstitucionalidad de los decretos con fuerza de ley expedidos en uso de facultades extraordinarias conferidas en vigencia del nuevo texto superior, expedido en 1991.

5. SOBRE LA PRECISIÓN DE LAS FACULTADES LEGISLATIVAS CONFERIDAS

Al analizar en detalle el texto, tanto del numeral 12 del artículo 76 de la Constitución derogada como el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución vigente se observa que, de manera uniforme, ambas normas han exigido que las facultades extraordinarias que se confieran al Presidente de la República sean *precisas*. En

⁴ Cfr. sobre este aspecto, entre otras, la sentencia C-126 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁵ Cfr. sobre este aspecto, entre otras, la sentencia C-497 de 2019 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

varias ocasiones, bajo una y otra preceptiva, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de discurrir acerca de lo que significa, a estos efectos, la precisión de las facultades.

En todo caso, tanto como ocurre con todos los demás elementos previstos en el numeral 10, se reitera que el mayor o menor cumplimiento de este requisito afecta más que todo a las leyes por las cuales se confieren las facultades legislativas, aunque también podría tener consecuencias sobre los decretos expedidos, en la medida en que su contenido pueda o no encuadrarse dentro de tales precisas facultades. También es claro que si la ley habilitante fuere declarada inexecutable, por considerar que las facultades legislativas no cumplieron con el criterio de precisión, los decretos que se hubieren expedido, correrán la misma suerte⁶.

Este elemento, presente en la norma que permite al Congreso trasladar al Presidente la función legislativa, es de gran importancia, pues a más de definir el alcance de tal delegación, facilita determinar si al expedir los decretos el Gobierno Nacional procedió dentro del ámbito de las facultades conferidas, o si en alguna forma las excedió. La precisión es importante para que los decretos que se expidan puedan cumplir con un criterio que sería análogo al de la unidad de materia en el caso de las leyes, a partir del cual, el Presidente y quienes con él conformen el Gobierno, solo podrán dictar normas sobre los temas que les hayan sido directamente encomendados por la ley habilitante. En esta medida, si bien la jurisprudencia ha aclarado que no se requiere llegar al extremo de la exhaustiva mención de cada aspecto que el Ejecutivo deberá contemplar en el desarrollo legislativo, la interpretación que el juez constitucional haga sobre el alcance de las facultades conferidas deberá siempre adelantarse con criterio restrictivo⁷.

Ahora bien, aun cuando, como ya se indicó, la precisión sobre el alcance de las facultades extraordinarias ha estado presente de manera coincidente en las normas que han desarrollado el tema, tanto con la Constitución anterior como en la ahora vigente, lo

⁶ Ver como ejemplo de esta situación la sentencia C-1316 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

⁷ En esta línea han sido declarados inexecutable contenidos de los decretos legislativos en sentencias como las C-102 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-366 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

cierto es que la jurisprudencia ha señalado que este criterio ha de mirarse bajo un rasero de comparativa mayor exigencia en los casos en que las facultades se han conferido en vigencia de la Constitución de 1991, de tal manera que una misma y específica glosa de constitucionalidad basada en esta consideración podría no abrirse paso si las facultades legislativas fueron otorgadas en vigencia del anterior texto superior, pero sí resultar próspera si las normas acusadas fueron expedidas al amparo de la nueva y actual Constitución⁸. El principal elemento sujeto a diferente consideración dependiendo de la norma superior entonces vigente es el relacionado con la exigencia de que no solo se delimite la materia que será objeto de regulación, sino también los objetivos que con ella se buscará alcanzar y los criterios que el Presidente legislador deberá observar al expedir tales normas, el cual será objeto de un escrutinio más estricto en tratándose de leyes de facultades expedidas a partir de 1991, pero un poco más laxo si aquella ley fuere anterior a la vigencia del actual texto superior.

Otro aspecto que reiteradamente ha señalado la jurisprudencia en relación con la precisión de las facultades extraordinarias es el hecho de que tal criterio no riñe con la amplitud, o incluso con la generalidad, que los temas cuyo desarrollo normativo se delega, puedan tener. Así, la Corte ha destacado que el tema puede ser considerablemente amplio sin perder por ello su precisión, llegando, por ejemplo, al extremo, en casos anteriores a 1991, de conceder facultades para la expedición de códigos, que desarrollan una rama de la legislación nacional. De allí que, aunque el ejemplo de los códigos sería improcedente en la actualidad, aun bajo la Constitución de 1991, las facultades concedidas puedan ser de notoria extensión, sin dejar de ser tenidas como precisas, pues la adecuada precisión brinda certeza suficiente sobre la intención del legislativo y deja a salvo el posible peligro que pudiera implicar el otorgamiento al Ejecutivo de facultades legislativas estimadas como demasiado amplias⁹.

⁸ Cfr. sobre este aspecto las sentencias C-097 de 2003 y C-1120 de 2008 (en ambas M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-531 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

⁹ Cfr. sobre este aspecto, entre muchas otras, las sentencias C-126 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-061 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-572 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y C-745 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo).

En línea con este mismo elemento, no debe omitirse que la norma constitucional que se viene comentando (numeral 10 del artículo 150), tanto como su antecesora (numeral 12 del artículo 76 de la Constitución derogada), señalaron que el traspaso de la función legislativa podría tener lugar en los casos en que “... *la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje*”, regla que, aunque no contiene un adverbio en tal sentido (como *sólo* o *únicamente*), ha sido siempre entendida como completa e imperativa. Este criterio, presente desde la Constitución de 1886 es una razonable salvaguardia que permite asegurar que el traspaso de la función legislativa al Ejecutivo, que sin duda debe ser excepcional, no sea caprichoso o injustificado, sino que esté precedido de una adecuada motivación, la que, por cierto, corresponde plantear al Gobierno al presentar el correspondiente proyecto de ley.

En todo caso, y conforme al diseño institucional de este mecanismo, también este elemento está llamado a ser verificado, más en relación con la ley habilitante que con los decretos expedidos con base en ella. Sin embargo, lo más usual será que no quede en realidad en el texto de la ley, constancia expresa acerca de los motivos que justifican el otorgamiento de las facultades extraordinarias, pero sí en la previa exposición de motivos, y en las ponencias, actas y demás documentos que den testimonio del trámite legislativo. Por lo demás, en las escasas ocasiones en que la Corte Constitucional se ha referido al tema, siempre ha resaltado que la evaluación de tales circunstancias corresponde autónomamente al legislador, puesto que se trata de una facultad discrecional, que no arbitraria, de contenido eminentemente político¹⁰.

Por todo lo expuesto, solo en un caso extremo, del que ni siquiera es posible plantear un ejemplo concreto, será factible considerar que un eventual cuestionamiento sobre la necesidad o conveniencia de las facultades extraordinarias pudiera conducir a la inconstitucionalidad de los decretos con fuerza de ley expedidos con base en ellas.

¹⁰ Ver entre otras las sentencias C-119 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-1546 de 2000 (M.P. Jairo Charry Rivas), C-503 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-634 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

6. SOBRE LA DURACIÓN DE LAS FACULTADES LEGISLATIVAS CONFERIDAS

Frente a los excesos de las décadas anteriores, cuando las facultades legislativas extraordinarias, aún no solicitadas por el Gobierno, eran otorgadas por largos espacios de tiempo, uno de los criterios de acotación diseñados en 1991 fue la creación de un límite temporal razonable, que se estableció en el término de seis (6) meses. Esta limitante habría de evitar situaciones extremas observadas en el pasado inmediato, entre ellas el uso del método que bien podría denominarse de *ensayo y error*, a partir del cual, una vez expedidos los decretos leyes, era frecuente que en el tiempo restante de vigencia de estas facultades se dictaran nuevos decretos encaminados a precisar o corregir el contenido de aspectos ya regulados, o la posibilidad de que la duración de las facultades extraordinarias superara incluso la de los períodos cuatrienales del Congreso y el Gobierno, de modo que un nuevo Presidente llegara a encontrar, a manera de tarea pendiente, la necesidad de expedir decretos con fuerza de ley en uso de facultades conferidas varios años atrás, para regular temas sobre las que su equipo de Gobierno quizás no tendría líneas o propósitos definidos.

El término señalado en la Constitución de 1991 para el ejercicio de las facultades legislativas ha permitido evitar excesos como los que en el pasado se presentaron en relación con el tema. Desde entonces, en la mayoría de los casos la ley fija como término de duración de estas facultades justamente el de seis (6) meses, posiblemente al considerar que cualquier tiempo menor es demasiado corto para cumplir con la tarea encomendada. De otra parte, se trata de un asunto extremadamente objetivo, sobre el cual difícilmente podrían presentarse controversias que dieran lugar a decisiones de constitucionalidad. Apenas ocasionalmente, en casos extremos, podría existir incertidumbre sobre el uso oportuno de aquéllas, por ejemplo, en casos en los que haya mediado algún espacio de tiempo entre la entrada en vigencia de la ley habilitante y su promulgación, o en su caso, entre la expedición del decreto ley y su publicación. De cualquier manera, es claro que, si se estableciere que la expedición del decreto legislativo se produjo después de expiradas las facultades extraordinarias, éste debe ser declarado inexecutable, siempre que medie demanda ciudadana.

De otro lado, el tribunal constitucional se ha pronunciado, en algunas pocas ocasiones, pero de manera clara y consistente, sobre la posibilidad de expedir varios decretos sucesivos sobre una misma materia, siempre que no hubiere vencido el término previsto en la respectiva ley de facultades extraordinarias. Desde sus inicios, la Corte ha señalado que las facultades extraordinarias se extinguen por su ejercicio¹¹, de tal manera que una vez expedido el decreto ley que se ocupe de la materia encomendada, las facultades legislativas se agotan, por lo cual no resulta posible expedir una nueva norma, aun cuando aun estuvieren nominalmente vigentes (desde el punto de vista temporal) las facultades conferidas por el legislador.

En la misma línea, la jurisprudencia ha aclarado que si fueren varios los temas que han sido objeto de la delegación legislativa, evidentemente ésta no se entiende cumplida sino en la medida en que todos ellos han sido objeto de sendas disposiciones, bien sea en uno o en varios decretos con fuerza de ley, por lo que en ese escenario la expedición de un solo decreto no necesariamente causa el agotamiento de las facultades, que todavía podrían ser ejercidas frente a los temas aun no regulados.

7. SOLICITUD Y APROBACIÓN DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS

En la misma línea de procurar que sea el Congreso de la República el que en la mayoría de los casos ejerza la función legislativa, el constituyente de 1991 estableció dos nuevas e importantes reglas en torno al otorgamiento de las facultades legislativas extraordinarias. La primera de ellas previó que solo pueden concederse tales facultades en la medida en que sea el propio Gobierno el que así lo solicite, con lo que, aun cuando estas leyes no aparecen mencionadas en el artículo 154 de la Constitución, configuran un nuevo caso de iniciativa legislativa privativa del Presidente de la República. La otra exigió que estas facultades fueran aprobadas por mayoría absoluta de los miembros

¹¹ Ver sobre este tema las sentencias C-510 y C-511 de 1992 (en ambas M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-610 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-335 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

de una y otra cámara, demandando así un mayor nivel de consenso sobre el tema en el Congreso de la República.

Estas dos nuevas reglas resultan saludables para el mejor ejercicio de la función legislativa, y en especial la primera, gracias a la cual, desde la Constitución de 1991 se ha evitado el indebido e inconsulto traslado de la función legislativa hacia el Poder Ejecutivo, en relación con temas que, por su trascendencia, deben ser objeto de amplia deliberación democrática.

Respecto de estas reglas debe tenerse en cuenta que si bien en algunas ocasiones se expiden leyes con el exclusivo propósito de otorgar facultades legislativas al Gobierno sobre uno o más temas específicos¹², lo más usual es que el traslado competencial vaya incorporado en un artículo de un proyecto de ley más amplio, en el que un determinado tema se desarrolla por el legislador solo hasta cierto punto, y se confieren facultades extraordinarias para que el Gobierno desarrolle, con fuerza de ley, otros aspectos complementarios del mismo tema¹³. En este caso es claro que la iniciativa del Gobierno y la mayoría especial en su aprobación se exigen solo del artículo que confiere las facultades extraordinarias, y no de la totalidad del proyecto, el cual bien podría tener un origen diferente y/o ser aprobado por las mayorías usuales, conforme a lo previsto en el artículo 146 de la Constitución.

8. LIMITACIONES TEMÁTICAS PARA EL OTORGAMIENTO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS LEGISLATIVAS

De otra parte, la misma norma constitucional de 1991 introdujo en su inciso tercero varias restricciones temáticas al uso de las facultades extraordinarias, esto es, materias cuya regulación no se podrá encomendar al Presidente de la República a través de este mecanismo, también bajo la consideración de que, en atención a su importancia, se justifica que ellas sean, en todos los casos, debatidas y aprobadas por el Congreso de la República. Según se estableció, esta restricción cubre la posibilidad de expedir códigos, leyes

¹² Ver por ejemplo las leyes 61 de 1993, las leyes 573 y 578 de 2000, y las leyes 1643 y 1654 de 2013.

¹³ Ver entre muchas otras, la ley 190 de 1995 en su artículo 83, la ley 1444 de 2011 en su artículo 18, o la ley 1474 del mismo año en su artículo 75, parágrafo 1º.

estatutarias u orgánicas, las previstas en el numeral 20 del mismo artículo 150, esto es, las que crean los servicios administrativos y técnicos de las cámaras legislativas, y las que decretan impuestos.

Respecto de estas reglas, y al igual que en otros de los aspectos anteriormente desarrollados, la principal incidencia del cumplimiento o no de estos requisitos se verá reflejada, en primer lugar, en la exequibilidad de las leyes habilitantes, la que en todo caso tendrá, a su turno, repercusiones en la constitucionalidad de los decretos leyes que con base en ella se hayan expedido. Así mismo, se trata, en general, de aspectos de verificación relativamente sencilla, y por lo mismo, resulta poco factible que se expidan leyes habilitantes o decretos leyes en abierta infracción de estas reglas.

Sin embargo, es frecuente el cuestionamiento de los decretos con fuerza de ley bajo el argumento de que la materia desarrollada debió ser objeto de una ley estatutaria, o que la regulación expedida equivale a un código. La primera de estas controversias, que también es recurrente en el caso de las leyes ordinarias, es de solución relativamente fácil, pues la Constitución determina con precisión cuáles materias deben desarrollarse por ley estatutaria. El escenario en que más comúnmente se plantea este problema es el de las regulaciones que pudieran considerarse desarrollo de los derechos fundamentales, ante lo cual la Corte ha señalado que solo están sujetas a esta exigencia aquellos desarrollos normativos que tengan pretensión de integralidad, o los que directamente tengan que ver con el núcleo esencial del derecho regulado¹⁴.

El segundo asunto reviste un poco más de dificultad, en cuanto si bien la Constitución de 1991 usa el concepto de código en los numerales 2 y 10 del artículo 150, no existe una definición al respecto, ni tampoco un catálogo de las normas que tendrían ese carácter, por lo que no hay total certeza, sino por el contrario, duda y desacuerdo, sobre sus alcances, de los cuales dependería el alcance de esta prohibición. La Corte Constitucional ha desarrollado

¹⁴ Ver en esta línea, entre muchas otras, las sentencias C-252 de 1994 (Ms. Ps. Antonio Barrera Carbonell y Vladimiro Naranjo Mesa), C-872 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas) y C-965 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada).

en varias sentencias relevantes¹⁵, una serie de características a partir de las cuales se puede distinguir en forma adecuada cuáles regulaciones conforman un código y cuáles no. Entre otras consideraciones, ha señalado la Corte que no basta la presencia o ausencia del término código en el título de la norma de que se trata para que ésta pueda ser reconocida como tal, sino que es más su naturaleza y contenido general, la que permite discernir si por tener ese carácter, la norma no podría ser expedida de esta manera. En la mayoría de los casos analizados la conclusión es que las disposiciones así dictadas no tienen las características de un código, por lo que no existe en esos casos inconstitucionalidad por esta razón.

Otro punto especialmente relevante, a propósito de la imposibilidad de expedir códigos por esta vía, tiene que ver con si la referida prohibición se extiende a la posible modificación, adición o derogación de esas mismas normas. En principio, parece claro que la respuesta a este interrogante es positiva, pues mientras que el uso de las facultades extraordinarias supone la posibilidad de modificar la normatividad preexistente, de nada valdría la claridad de esta regla restrictiva y quedaría frustrada la intención que ella persigue si, pese a estar prohibida la expedición de un código, o en su caso, de una ley estatutaria, mediante decreto con fuerza de ley, fuera posible modificar, alterar e incluso derogar, mediante el mismo mecanismo, aquellos contenidos que el legislador extraordinario tiene prohibido adoptar. Es este un caso claro en el que, quien no puede lo más, expedir normas con un determinado contenido, *a fortiori* tampoco podría lo menos, modificar o derogar las normas que no se le autoriza a expedir.

Sin embargo, debe anotarse que la Corte Constitucional ha aclarado que no toda modificación de una materia previamente contenida en un código resulta imposible a la luz de este mandato superior, sino únicamente aquellas que ocasionan un cambio sustancial o de gran magnitud en el contenido de aquel¹⁶, concepto

¹⁵ Entre ellas las sentencias C-577 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto), C-655 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-745 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo).

¹⁶ Sobre este tema, ver entre otras, las sentencias C-395 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández), C-313 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-745 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo).

que podría tener cierta analogía con el de sustitución, aplicable para el caso de las normas constitucionales. Si bien en la mayoría de los casos la conclusión es que la modificación introducida resulta admisible, existen en todo caso ejemplos de cuándo por no ser así, las normas han sido declaradas inexecutable¹⁷. El asunto resulta siendo, pues, de grado, y podría, en algunos casos, ser objeto de apreciación subjetiva, pese al notable esfuerzo del juez constitucional por diferenciar de fondo y con claridad ambas situaciones. En todo caso, cabe anotar que esta línea jurisprudencial es sólida, unívoca y consistentemente reiterada, por lo que los operadores jurídicos involucrados pueden tener suficiente claridad al respecto.

9. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE DECRETOS CON FUERZA DE LEY DISTINTOS A LOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 150 NUMERAL 10

Como se indicó al inicio de este capítulo, aun cuando el artículo 241 que lista las funciones de la Corte Constitucional no es preciso en este sentido, desde su inicio ese alto tribunal ha conocido también demandas dirigidas contra otros decretos con fuerza de ley, expedidos en desarrollo de facultades extraordinarias, que si bien son análogas a las del numeral 10 del artículo 150, no han sido conferidas por el legislador a partir de lo previsto en esta norma, sino que derivan directamente de otros apartes del texto constitucional.

Entre esas otras normas habilitantes se encuentran el artículo 341 de la Constitución de 1991 y varias de sus disposiciones transitorias, muchas de ellas expedidas en el mismo acto por la Asamblea Constituyente, para facilitar la primera etapa del desarrollo constitucional, entre otras los artículos 5, 23, 39, 41, 43, 49, 50, 51 y 56 transitorios. Empero, debe advertirse que no todas estas normas fueron explícitas en señalar que los decretos cuya expedición autorizan tendrían fuerza de ley, hecho que en ocasiones crea dificultades para el control constitucional.

En el caso de los temas encomendados al Gobierno por el artículo 5º transitorio, la razón de la delegación tuvo que ver con

¹⁷ Cfr. sobre este escenario la sentencia C-713 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

el hecho de que, en vista de la revocatoria del Congreso elegido en 1990, no existía para el momento órgano legislativo que pudiera encargarse de expedir las normas necesarias. En varios de los demás, simplemente se previó la posibilidad de que la aprobación de determinadas leyes se dilatará en el tiempo en forma exagerada, caso en el cual se activaría la posibilidad de que el Presidente expidiera la respectiva regulación mediante decretos, algunos de ellos con fuerza de ley. En años posteriores se ha usado otras veces esta misma técnica, como consecuencia de la expedición de ciertos actos legislativos, en algunos casos sometiendo la competencia presidencial a una condición suspensiva, que no es otra que la inacción del órgano legislativo por un tiempo determinado, y en otros, atribuyendo la facultad regulatoria directa y exclusivamente al Poder Ejecutivo.

Ahora bien, el artículo 10^o transitorio de la Constitución de 1991 dispuso que el control de constitucionalidad de los decretos que el Gobierno expidiera en ejercicio de los artículos anteriores correspondería a la Corte Constitucional. En esta línea, las demandas presentadas contra el Decreto 2591 de 1991 sobre la acción de tutela (aún vigente), contra el Decreto 2651 sobre medidas de descongestión, o el Decreto 2699 que contenía el primer Estatuto Orgánico de la Fiscalía (ambos de 1991, hoy derogados), entre otras normas, han sido conocidas y falladas por el tribunal constitucional al amparo de esta competencia.

Existió, en cambio, algún nivel de controversia y duda, por ejemplo frente a otros decretos, entre ellos el 2067 de 1991, sobre los procesos ante la Corte Constitucional, derivado del artículo 23 transitorio, el 2274 del mismo año sobre la organización y funcionamiento de los nuevos departamentos, cuya fuente es el artículo 39 transitorio, o los diversos decretos, incluso algunos recientes, expedidos a partir de la competencia prevista en el artículo 56 transitorio, sobre funcionamiento de los territorios indígenas y su relación con las otras entidades territoriales¹⁸, pues las normas habilitantes no son, como en los otros casos, inmediatamente anteriores al artículo 10^o transitorio, e incluso podría concluirse que no existe norma expresa que prevea la posibilidad de demanda contra ellos. Sin embargo, en todos estos casos la Corte Constitucional

¹⁸ Decretos leyes 1088 de 1993, 1953 de 2014, 632 de 2018 y 252 de 2020, entre otros.

ha concluido ser competente para conocer de las demandas contra esos decretos, en ocasiones bajo el supuesto de que al ser la fuente diversas disposiciones transitorias, en todo caso resulta aplicable el artículo 10º transitorio, pero también bajo la premisa de tratarse de normas con fuerza de ley, razón suficiente para que su conocimiento corresponda a la Corte Constitucional.

Más allá de las iniciales disposiciones transitorias, y a partir de previsiones contenidas en diversos actos legislativos aprobados con posterioridad, se han expedido ocasionalmente otras normas con fuerza de ley, por ejemplo, los Decretos 2207 de 2003 y 28 de 2008, contra los cuales se han presentado demandas. En esa eventualidad, la Corte Constitucional, previas las necesarias consideraciones, ha concluido afirmando su competencia para conocer de ellas, usualmente bajo la premisa de la equivalencia normativa entre esos decretos y las leyes en sentido estricto. Sin embargo, en el primero de estos casos la Corte sostuvo que ese decreto tenía un estatus equivalente al de una ley estatutaria, por lo cual sustentó su competencia para conocer de él en el numeral 8º del artículo 241. En los demás casos se ha basado en los numerales 4º y 5º de la misma norma, a veces sin mayor detenimiento o sustentación, al momento de escoger una u otra de estas disposiciones.

Como antes se anotó, en los últimos años se han expedido otras normas constitucionales que contienen facultades extraordinarias¹⁹, a partir de las cuales se han dictado algunos decretos con fuerza de ley. Lo cierto es que a partir de la experiencia relatada podría a esta altura asumirse que la Corte Constitucional se declarará competente para conocer las demandas que se presenten contra cualquier decreto con fuerza de ley, expedido en ejercicio de cualquier otra competencia normativa de origen constitucional que se establezca en el futuro.

Por último, el reciente Acto Legislativo 01 de 2016, expedido para hacer posible la implementación y el desarrollo normativo del *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, previó en su artículo 2º el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente para expedir normas con fuerza de ley que facilitaran tal implementación. Sin embargo, en

¹⁹ Entre ellos los Actos Legislativos 4 de 2017 y 4 y 5 de 2019.

este caso, la norma superior habilitante previó expresamente que tales decretos tendrían control automático de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, por lo que la competencia y demás condiciones del control quedaron totalmente claras. En desarrollo de esta norma superior se expedieron más de 30 decretos leyes, algunos de los cuales fueron declarados inexecutable.

Respecto de la posibilidad contenida en el artículo 341 de la Constitución, hasta la fecha solo en una ocasión el Gobierno Nacional ha optado por esta posibilidad, pues en general, cada cuatro años, el Congreso de la República ha adoptado cumplidamente el Plan Nacional de Desarrollo. Sin embargo, la ley 508 de 1999, expedida con ese propósito, fue declarada inexecutable por vicios de trámite mediante sentencia C-557 de 2000, ante lo cual el Gobierno Nacional, procedió a expedir el Decreto 955 de ese año, mediante el cual puso en vigencia el correspondiente Plan de Inversiones, bajo el argumento de que la inexecutable de la ley que lo adoptaba equivalía al supuesto previsto en el artículo 341, esto es la no expedición oportuna del Plan de Inversiones por parte del Congreso. Sin embargo, al ser acusado también este decreto, la Corte Constitucional rechazó el argumento del Poder Ejecutivo para haberlo expedido, y lo declaró así mismo inexecutable, mediante sentencia C-1403 del año 2000.

Después de esta recopilación no exhaustiva sobre los distintos eventos en que la propia Constitución otorga al Poder Ejecutivo facultades legislativas extraordinarias, debe hacerse una importante observación, que aunque obvia, no siempre resulta clara: en relación con todos estos eventos no son aplicables las ya comentadas reglas del numeral 10 del artículo 150, sino en cambio, las que la específica norma constitucional habilitante haya previsto.

Así las cosas, no existe en estos casos el límite temporal de seis meses respecto de la duración de las facultades, y de hecho, en algunos casos su duración puede ser mayor, especialmente cuando las facultades presidenciales se otorgan frente a la eventualidad de que el Congreso no actúe dentro de cierto tiempo. Tampoco lo son las restricciones temáticas o por tipo de norma, razón por la cual podría habilitarse la expedición de códigos o de normas que en condiciones normales tendrían reserva de ley estatutaria

u orgánica²⁰. Por lo demás, no aplica tampoco la exigencia de que las facultades sean solicitadas por el Gobierno, ni las mayorías requeridas para su aprobación, que serán las propias de cualquier reforma constitucional.

Incluso, en estricto derecho, y pese a las consideraciones de sentido común que subyacen a estas reglas, no son aplicables en este caso el habitual requisito sobre precisión de las facultades o las exigencias sobre las circunstancias de necesidad o conveniencia que deben concurrir para hacer posible el otorgamiento de estas facultades. Todo ello por cuanto, en la medida en que la norma habilitante tiene carácter constitucional, resulta válido que su autor establezca, para el caso particular, las normas que regirán el ejercicio de estas facultades. Por el contrario, resultan plenamente aplicables las exigencias relacionadas con la conformidad constitucional del contenido material de las normas que se expidan, lo que es consecuencia de su nivel normativo, al tratarse de leyes en sentido material, y por lo tanto, en todo sujetas al texto constitucional.

10. REFERENCIAS

Acto Legislativo 4 de 2017

Acto Legislativo 4 y 5 de 2019.

Decreto Ley 2591 de 1991

Decretos Leyes 1088 de 1993

Decretos Leyes 1953 de 2014

Decretos Leyes 252 de 2020

Decretos Leyes 632 de 2018

Ley 1444 de 2011

Ley 1474 2011.

Ley 1643 de 2013

Ley 1654 de 2013.

Ley 190 de 1995

²⁰ Un ejemplo de esta posibilidad es el Decreto ley 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela, dictado en desarrollo del artículo 5º transitorio, que en caso de ser modificado, debería serlo por ley estatutaria.

Ley 573 de 2000

Ley 578 de 2000

Ley 61 de 1993 de 2000

Sentencia C-061 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Sentencia C-102 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Sentencia C-126 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Sentencia C-126 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Sentencia C-1316 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Sentencia C-1546 de 2000 (M.P. Jairo Charry Rivas).

Sentencia C-252 de 1994 (Ms. Ps. Antonio Barrera Carbonell y Vladimiro Naranjo Mesa).

Sentencia C-313 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Sentencia C-335 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Sentencia C-366 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Sentencia C-497 de 2019 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

Sentencia C-503 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Sentencia C-510 y C-511 de 1992 (en ambas M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Sentencia C-531 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

Sentencia C-572 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

Sentencia C-610 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Sentencia C-634 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Sentencia C-655 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Sentencia C-713 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Sentencia C-745 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo).

Sentencia C-745 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo).

Sentencia C-745 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo).

Sentencia C-872 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas).

Sentencia C-965 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada).

Sentencias C-097 de 2003 y C-1120 de 2008 (en ambas M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Sentencias C-119 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Sentencias C-395 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández).

Sentencias C-416 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Sentencias C-467 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-647 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz).

Sentencias C-577 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto).

CAPÍTULO IV

CONTROLANDO AL CONTROLADOR.
UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL ESCRUTINIO
JUDICIAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN
POR LA CORTE CONSTITUCIONAL
DE COLOMBIA (1992-2021)

CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS ESTÁNDARES Y LOS CRITERIOS PARA EVALUAR EL ESCRUTINIO JUDICIAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN. 3. CARACTERIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN. 4. LOS RETOS DEL ESCRUTINIO JUDICIAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN. 4.1. LA CREACIÓN DE DISPOSITIVOS PARA HACER FRENTE A LOS INTENTOS DE ELUSIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. 4.2. OPORTUNIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES. 4.3. LA READECUACIÓN METODOLÓGICA Y CONCEPTUAL PARA UN ANÁLISIS ESTRUCTURADO Y SISTÉMICO DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS. 4.4. EL DISEÑO DE REGLAS DECISIONALES PRECISAS PARA GARANTIZAR LA CONSISTENCIA EN LOS FALLOS. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Pese a la fortaleza institucional del poder judicial en Colombia y a su reconocida tradición en el manejo de los instrumentos de control del sistema jurídico, la creación de una Corte

* Abogada y filósofa de la Pontificia Universidad Javeriana, y magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador). Consultora del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y de la Corte Constitucional del Ecuador, y magistrada auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Investigadora y docente de distintas universidades en Colombia, Guatemala y Ecuador, entre ellas, la Javeriana, Sabana, San Carlos de Guatemala, Católica del Ecuador, Andina y De los Hemisferios

Constitucional en 1991 constituyó un punto de inflexión en la historia del país. Desde antaño existía la figura de la excepción de inconstitucionalidad, e instancias jurisdiccionales como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado contaban con amplias competencias para retirar del ordenamiento leyes y otros actos normativos incompatibles con la Carta Política, mediante figuras como la acción pública de inconstitucionalidad o la de nulidad por inconstitucionalidad. No obstante ello, el nuevo tribunal marcó un nuevo hito.

Desde un punto de vista normativo, el fenómeno anterior se explica porque la Constitución de 1991 dotó a este organismo de instrumentos novedosos y vigorosos, y robusteció algunos de los ya existentes. Sin duda, la creación de la acción de tutela como mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales marcó un avance muy sustantivo, y la regulación del control de las reformas constitucionales, de las leyes estatutarias, de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales le confirió herramientas adicionales para garantizar la integridad y la supremacía de la Carta Política dentro del ordenamiento. Desde un punto de vista institucional, el naciente tribunal aprovechó con inteligencia este nuevo marco normativo, haciendo de ella misma un organismo imprescindible en la vida de los colombianos.

En el presente ensayo pretende mostrarse en qué sentido las directrices de la Constitución de 1991 sobre lo que en su momento fue el estado de sitio, y el uso que a las mismas le dio la Corte Constitucional, marcaron un “salto cualitativo” en el control jurisdiccional de los estados de excepción, pero cómo, al mismo tiempo, una vez se consolidaron estos instrumentos el tribunal entró en una serie de dinámicas inerciales que le han impedido avanzar decididamente en este proceso y cómo, por tanto, enfrenta una serie de retos que demandan de su parte un esfuerzo adicional para encarar coyunturas de alta complejidad como la generada por la propagación del SARS-COV-2.

Con este propósito, se seguirá la siguiente metodología: (i) en primer lugar, se identifican los parámetros para evaluar la labor del mencionado organismo; (ii) en segundo lugar, con base en estos estándares de valoración, se efectúa una caracterización de la gestión del tribunal durante todo su período de existencia

(1992-2021), mostrando cómo aprovechó ingeniosamente el nuevo diseño normativo consagrado en la Carta del 91 para generar una racionalización en el uso de las facultades extraordinarias en cabeza del Ejecutivo, pero cómo, paulatinamente, se produjo una suerte de “adormecimiento” y mecanización en sus dinámicas y estrategias de control, que hacen que las mismas resulten insuficientes e inadecuadas en escenarios altamente complejos; (iii) finalmente, tomando como referente de análisis la respuesta de la corporación judicial al estado de emergencia económica y social decretado en el año 2020 con ocasión de la propagación del SARS-COV-2, se identifican cuatro de los retos que el tribunal debe asumir para mantener su rol de racionalización del poder en contextos de anormalidad.

2. LOS ESTÁNDARES Y LOS CRITERIOS PARA EVALUAR EL ESCRUTINIO JUDICIAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

El escrutinio judicial de los estados de excepción es, por su propia naturaleza, problemático. Por definición, estos apuntan a hacer frente a inusuales episodios de crisis políticas, económicas, sociales o ambientales que exigen de parte del Estado respuestas inmediatas y contundentes, lo que se traduce, desde esta perspectiva, en la necesidad de relajar, o incluso de suprimir o desactivar los controles jurisdiccionales a la actividad gubernamental. Desde este punto de vista, si por su propia naturaleza estos entornos demandan y exigen una concentración de poder en cabeza del Ejecutivo, resulta paradójico intentar limitar y controlar el ejercicio de estas facultades que son, de suyo, ampliadas y robustas.

Desde el horizonte opuesto, sin embargo, también se plantea la necesidad de que, desde las instancias jurisdiccionales, se haga contrapeso a la concentración de poder en estos contextos de desbalance de autoridad, para preservar los contenidos constitucionales básicos que pueden verse amenazados cuando las autoridades gubernamentales quedan habilitadas actuar sin sujeción al sistema de frenos y contrapesos propio del Estado de Derecho. Desde este punto de vista, el escrutinio judicial no sólo debe mantenerse, sino que además debe tener un mayor rigor y severidad.

Existen planteamientos alternativos que conciben la intervención judicial como un instrumento necesario pero no definitorio ni determinante. Dentro de este espectro de apuestas alternativas, el rol que se asigna a las instancias jurisdiccionales no consiste tanto en establecer definitivamente la validez de la respuesta de los entes gubernamentales a partir de criterios rigurosos y cerrados, como ocurre de ordinario, ni el de dictar la última palabra sobre las líneas de acciones a seguir, sino en fijar pautas generales y “señales” orientadoras que servirían de norte o de guía en estas coyunturas especiales.

Se trata, por tanto, de un debate abierto sobre el cual no existe una única y última palabra, lo que en principio podría constituir una dificultad para evaluar el papel de la judicatura en estos escenarios especiales e inusitados¹.

Empero, la dogmática jurídica ya ha decantado algunos estándares para valorar, en general, la actividad jurisdiccional y, además, la propia Constitución de 1991 fijó algunos derroteros sobre el papel del juez constitucional en estos contextos de anormalidad. Estos atributos propios de la función judicial y estas directrices especiales del constituyente pueden ser empleados como estándares de valoración del papel de la Corte durante estos treinta (30) años, desde su creación y puesta en marcha en 1992.

En general, la función jurisdiccional se evalúa a partir de tres estándares: *la eficiencia y la eficacia, la calidad y la independencia*².

¹ Sobre los debates acerca del rol del poder judicial en el control de los estados de excepción *cf.*: (i) GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción”, *Documentos de Discusión de DJS*, Bogotá, 2005, (1), pp. 1-33, en <https://www.dejusticia.org/publication/el-control-judicial-de-los-estados-de-excepcion/>, consulta del 25 de marzo de 2021; (ii) SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro, “El control judicial de los estados de excepción constitucional: la supremacía del Presidente de la República”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, 2018, 45 (1), pp. 81-103, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000100081>, consulta del 15 de febrero de 2021; (iii) FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México D.F., 2004, 37 (111), pp. 801-860, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000300002, consulta del 10 de febrero de 2021.

² Al respecto *cf.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité*

En razón de la *eficacia y eficiencia*, las controversias sometidas a la judicatura deben ser resueltas en un plazo razonable, el procedimiento que le antecede debe surtir de manera fluida, y las determinaciones adoptadas por los operadores de justicia deben resolver de fondo la problemática planteada por los interesados. En razón de la *calidad*, las decisiones judiciales deben responder a criterios de *justicia material*, por un lado, y ser *objetivas, controlables racionalmente y predecibles*, por otro. Finalmente, en función de la *independencia, la imparcialidad y la neutralidad*, el contenido de las decisiones debe estar determinado enteramente por las indicaciones del sistema jurídico, y sus móviles deben ser ajenos a influencias extrañas al propio derecho positivo. Estos atributos de la judicatura, a su turno, guardan entre sí una relación de interdependencia, de suerte que, por ejemplo, la imparcialidad y la independencia contribuyen a la justicia material, y la objetividad y la racionalidad de las decisiones constituyen una garantía de independencia.

Estas categorías generales han sido dotadas de un contenido específico por el propio sistema jurídico, pues los artículos 212 a 215 de la Constitución de 1991 establecen una serie de directrices concretas que fijan los parámetros de control.

Desde la perspectiva del *espectro del escrutinio judicial*, se establece una revisión *automática e integral* de todos los decretos legislativos. El control, por tanto, no está supeditado a que un ciudadano active la función judicial mediante la presentación de una demanda, como ocurre de ordinario, ni se circunscribe a los contenidos y a los cargos formulados en el respectivo escrito de acusación. El constituyente contempló entonces un control robusto en cabeza de la Corte, que se explica por la necesidad de introducir un esquema de contrapesos a los poderes especiales otorgados al Presidente de la República en contextos críticos, ante el riesgo inminente y latente de desbordamiento de poder, de violación a los derechos y a las libertades fundamentales, y a las bases del sistema democrático.

Desde una *perspectiva sustantiva*, el mayor reto consiste en asegurar un delicado y difícil equilibrio entre el reconocimiento de las competencias ampliadas con las que debe contar el Ejecutivo en escenarios críticos, y la contención del poder gubernamental, que naturalmente tiende a desbordarse y a extenderse en estos entornos especiales e inusuales que comprometen la estabilidad política, económica o social. De esta manera, el tribunal tiene la difícil labor de reconocer y proteger las facultades que tiene el Presidente para identificar y valorar la gravedad de los hechos que dan lugar a un estado de excepción, y para configurar con un amplio margen de maniobra la respuesta estatal a los mismos, y, al mismo tiempo, de garantizar la preservación de los contenidos constitucionales mínimos y de evitar que el peligro económico, político o social se convierta en un pretexto para el desbordamiento de poder.

Lo anterior exige la estructuración de metodologías de análisis y de esquemas decisionales sólidos, claros y precisos, capaces de dotar las decisiones judiciales de previsibilidad, transparencia y consistencia. Así pues, la Corte debe depurar categorías conceptuales que, en el marco de una notable diversidad de entornos y problemáticas, permitan anticipar criterios unívocos, concretos y específicos sobre la validez de las líneas de acción adoptadas por el Presidente, para que este cuente con herramientas especiales para enfrentar episodios críticos, pero también para asegurar los principios básicos que irradian el ordenamiento jurídico, entre ellos, el interés general, la seguridad jurídica y la inalienabilidad de los derechos fundamentales.

Finalmente, desde una *perspectiva temporal*, el artículo 242.5 de la Constitución Política establece unos plazos reducidos y perentorios al determinar que *“los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley”*. Lo anterior, dada la inmediatez propia de los estados de excepción y la necesidad de contar con un aval judicial de medidas que, por su propia naturaleza, alteran los principios básicos con arreglo a los cuales se estructura la organización política. Existe entonces un deber reforzado del juez de brindar una solución oportuna, acorde con los riesgos que representan estos poderes excepcionales, y con la celeridad con la que deben actuar las autoridades en coyunturas de especial gravedad.

Tomando como marco de referencia los estándares anteriores, pasa a evaluarse la gestión de la Corte durante sus treinta (30) años de existencia.

3. CARACTERIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

La revisión judicial de los estados de emergencia económica y social y de los estados de conmoción interior ha constituido una parte muy significativa del trabajo de la Corte Constitucional. Con excepción de los períodos 2001-2002, 2005-2007, 2012-2014, 2016 y 2018-2019, el organismo judicial ha tenido que distribuir sus esfuerzos entre la revisión de las acciones de tutela y la sustanciación de las demandas ordinarias de constitucionalidad, con la revisión de decretos legislativos que declaran un estado de excepción y que disponen su prórroga, y de las líneas de acción adoptadas en este marco. Debido a los tiempos reducidos que contempla la Constitución Política, la declaratoria de un estado de emergencia o de un estado de conmoción tiene un impacto muy significativo en las dinámicas internas de este organismo, desplazando su labor ordinaria. Según las estadísticas oficiales de este organismo, entre 1992 y 2020 se han revisado 390 decretos, con un promedio de 13 decretos por año. Aunque la mayor parte de sentencias han sido publicadas después del vencimiento del plazo establecido en la Carta Política, las decisiones se han adoptado y comunicado dentro del término legal.

Los estados de excepción, por su parte, han versado sobre una muy amplia gama de situaciones críticas. Fenómenos como el riesgo de excarcelación masiva de detenidos por la justicia regional³, la alteración del orden público por acciones terroristas de la guerrilla, la delincuencia común y organizada, masacres y asesinatos⁴, y

³ Colombia, Gobierno nacional, Decretos legislativos 1155 de 1992 y 874 de 1994, declarados exequible e inexecutable, respectivamente, en las sentencias de la Corte Constitucional C-556 de 1992 y C-300 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴ Colombia, Gobierno nacional, Decretos legislativos 1793 de 1992, 1990 de 1995, 1837 de 2002 y 137 de 1995, los tres primeros declarados exequibles en las sentencias de la Corte Constitucional C-031 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-027 de 1996 (M.P. Hernando Herrera Vergara) y C-802 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba

paros en la Rama Judicial⁵, han dado lugar a la declaratoria del estado de conmoción interior en siete (7) oportunidades. Por su parte, fenómenos sociales e institucionales como la perturbación del clima laboral por la falta de aumento de salarios⁶ o las perturbaciones en la frontera con Venezuela⁷, económicos como la revaluación inusitada del peso⁸, el deterioro de la situación de los establecimientos de crédito⁹, las afectaciones en el sistema de salud¹⁰ o la proliferación de captadoras ilegales de dinero¹¹, o naturales como sequías y racionamientos eléctricos, sismos, desbordamientos de ríos, avalanchas, terremotos, olas invernales¹², y recientemente la propagación del SARS COV-2¹³, han dado lugar a la declaratoria de emergencia en veintidós (22) oportunidades.

Una revisión transversal de las sentencias del órgano judicial permite hacer un balance positivo¹⁴.

Triviño), respectivamente, y el último declarado inexecutable en la Sentencia de la Corte Constitucional C-466 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

⁵ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 3929 de 2008, declarado inconstitucional en la Sentencia C-070 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez).

⁶ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 333 de 1992, declarado executable en la Sentencia C-004 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁷ Colombia, Gobierno nacional, Decretos legislativos 1693 de 2010 y 1770 de 2015, declarados executables en las sentencias C-843 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) C-670 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa), respectivamente.

⁸ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 080 de 1997, declarado inexecutable en la Sentencia C-122 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández).

⁹ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 2330 de 1998, declarado parcialmente executable en la Sentencia C-122 de 1999 (M.P. Fabio Morón).

¹⁰ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 4975 de 2009, declarado inconstitucional en la Sentencia C-252 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio).

¹¹ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 4333 de 2008, declarado executable en la Sentencia C-135 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra), y Decreto legislativo 4704 de 2008, declarado inconstitucional en la Sentencia C-254 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla).

¹² Colombia, Gobierno nacional, Decretos legislativos 680 de 1992, 1178 de 1994, 195 de 1999, 4580 de 2010 y 601 de 2017, declarados executables en las sentencias C-447 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-366 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez), C-216 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-156 de 2011 (M.P. Mauricio González) y C-386 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez); y Decreto legislativo 020 de 2011, declarado inconstitucional en la Sentencia C-216 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao).

¹³ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 417 de 2020, declarado executable en la sentencia C-145 de 2020 (M.P. José Fernando Reyes).

¹⁴ Sobre el balance del control judicial de los estados de excepción, *cf.*: (i) BARRETO Rozo, Antonio, "Normalidad y excepcionalidad: la indiscifrable regularidad

En primer lugar, consistente con el control vigoroso contemplado en la Carta Política, la Corte ha creado una narrativa que, al mismo tiempo que reconoce los poderes ampliados que adquiere el Presidente en coyunturas excepcionales en las que los instrumentos regulares del Estado resultan insuficientes, alerta sobre un riguroso esquema de restricciones materiales y temporales, y sobre la existencia de un estricto modelo de control en cabeza de las instancias jurisdiccionales.

De hecho, desde sus inicios la corporación amplió el espectro del escrutinio, e introdujo modificaciones sustantivas a los parámetros de revisión. Entre otras cosas, se concluyó que la declaratoria del estado de conmoción interior y de estados de emergencia era susceptible de ser revisada, y que, además, esta revisión no se circunscribe a la verificación de las exigencias formales, sino que se extiende a la comprobación fáctica de la existencia de los hechos invocados por el Ejecutivo y de las cualificaciones de gravedad, imprevisibilidad e intempestividad establecidas en el ordenamiento constitucional. Se trata, en todos los casos, de estándares novedosos en la historia judicial del país.

En uno de sus primeros fallos, en el año 1992, la corporación se apartó de las tesis dominantes que planteaban, o la carencia de la competencia de la judicatura para revisar el decreto que declara un estado de excepción, o su facultad circunscrita los aspectos formales. Invocando un salvamento de voto a una sentencia de

contemporánea de la excepcionalidad”, *Poder Ejecutivo*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006pdf/AntonioBarreto_Rozo.pdf, consulta del 20 de marzo de 2021; (ii) CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, “Los estados de excepción en Colombia”, *Ius et praxis*, Talca, 2002, 8 (1), pp. 117-146, en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-00122002000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=es, consulta del 28 de marzo de 2021; (iii) GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, “Constitucionalismo perverso: normalidad y anormalidad constitucional (1957-1997)”, en DE SOUSSA, BOAVENTURA y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, 2001, pp. 317-370; (iv) TOBÓN TOBÓN, Mary Luz y MENDIETA GONZÁLEZ, David. “Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano”, *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, 2017, 16 (31), en <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v16n31/1692-2530-ojum-16-31-00067.pdf>, consulta del 2 de febrero de 2021; (v) VANEGAS GIL, Pedro Pablo, “La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, 2011, (27), pp. 261-290, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3020>, consulta del 27 de febrero de 2021.

la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia C-004 de 1992 se sostuvo que estas potestades “ampliadas” se derivan no sólo de una interpretación textual del articulado constitucional, sino de la naturaleza de este dispositivo, y del propósito del constituyente de garantizar un control integral del ejercicio del poder en entornos críticos. A partir de entonces se consolidó esta regla decisional¹⁵.

Desde ese momento comenzaron a depurarse los criterios de valoración. Entre otras cosas, se ha entendido que, en principio, el Presidente preserva un importante margen de apreciación para valorar la ocurrencia y la gravedad de los hechos que dan lugar a un estado de excepción, pero que, en cualquier caso, el marco fáctico extraordinario invocado en la declaratoria debe tener real ocurrencia y debe contar con las cualificaciones establecidas expresamente en los artículos 212 a 215 de la Constitución. Así, para este tribunal no es posible apelar a este dispositivo para atender problemáticas de naturaleza endémica o estructural, o aunque coyunturales, previsibles o provocadas por el propio gobierno, y que puedan ser enfrentados mediante los instrumentos ordinarios del Estado. Se trata entonces de una herramienta de *ultima ratio* a la que sólo se puede apelar en entornos que amenazan seria y gravemente el orden público, que demandan una intervención gubernamental inmediata y vigorosa, y no provocados por la desidia estatal.

Algo semejante se predica de los estándares para evaluar las medidas adoptadas por el gobierno nacional. Aunque la Corte reconoce que el Ejecutivo cuenta con amplias atribuciones para configurar la respuesta estatal, al mismo tiempo ha aclarado que esta debe guardar una relación de conexidad con tales coyunturas a partir de un principio de necesidad estricta, y que, además, se deben salvaguardar unos contenidos constitucionales mínimos: el respeto a los derechos fundamentales, el funcionamiento de los órganos del Estado y los derechos sociales de los trabajadores, entre otros. A partir de lo anterior, actualmente el escrutinio judicial se estructura a partir de una serie de juicios que condensarían los

¹⁵ Sobre los debates acerca del control judicial de los actos de declaratoria *cfr.* REALES, Clara Elena. “El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción”. En: CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y ALEXEI, Julio. *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*, Bogotá, 2007, pp. 615-713.

estándares anteriores: de finalidad, conexidad material interna y externa, motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad, necesidad fáctica y jurídica, proporcionalidad y no discriminación.

Aunque esta narrativa no siempre ha sido aplicada con consistencia ni con el rigor que denotan las propias palabras de la Corte, su sola existencia ha tenido un efecto simbólico disuasivo y persuasivo, invitando al Ejecutivo a utilizar con mesura y prudencia las herramientas excepcionales que, en principio, están en cabeza de otras instancias y órganos del Estado.

A la construcción de este discurso se suma la adopción de decisiones que han puesto límite a las potestades del Ejecutivo. De hecho, el tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de decretos que han declarado el estado de conmoción interior o el estado de emergencia por eventos como el riesgo de excarcelación masiva de detenidos por la justicia regional en el año 1994¹⁶, la alteración del orden público en 1995¹⁷, el paro en la Rama Judicial en el 2008¹⁸, la revaluación del peso en 1997¹⁹, la proliferación de captadoras ilegales de dinero en 2008²⁰, la crisis en el sistema de salud en el año 2009²¹, o la ola invernal en el 2011²². Lo propio ha ocurrido con

¹⁶ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 874 de 1994, declarado inexecutable en la sentencia de la Corte Constitucional C-300 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁷ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 1370 de 1995, declarado inexecutable en la sentencia de la Corte Constitucional C-466 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁸ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 3929 de 2008, declarado inexecutable en la Sentencia de la Corte Constitucional C-070 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez).

¹⁹ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 080 de 1997, declarado inconstitucional en sentencia de la Corte Constitucional C-222 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández).

²⁰ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 4704 de 2008, declarado inexecutable en la sentencia de la Corte Constitucional C-254 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

²¹ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 4975 de 2009, declarado inconstitucional en la sentencia de la Corte Constitucional C-252 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio).

²² Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 020 de 2011, declarado inexecutable en la sentencia de la Corte Constitucional C-216 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

algunos decretos que han dispuesto prórrogas, tal como ocurrió por la alteración en el orden público en 1996²³ y en el año 2003²⁴.

Además, en distintas oportunidades se ha declarado la inexecutable total o parcial de decretos legislativos dictados en este contexto.

Quizás, el periodo en el que se ejerció con mayor rigor, contundencia y severidad el escrutinio judicial, fue el comprendido entre los años 2009 y 2011, con ocasión del paro en la Rama Judicial, la proliferación de captadoras ilegales de dinero, las afectaciones en el sistema de salud, y la ola invernal.

De plano, varias declaratorias fueron consideradas inconstitucionales. El Decreto 3929 de 2008, que declaró el estado de conmoción interior por las protestas desatadas por funcionarios de la Rama Judicial, fue declarado inexecutable en la Sentencia C-070 de 2009²⁵; según la Corte, no se acreditó la gravedad y el carácter extraordinario de los hechos que habrían dado lugar a las protestas y al cese de actividades, y el juicio sobre la insuficiencia de los poderes de policía en cabeza de las instancias gubernamentales alegado por el Presidente, tampoco habría sido justificado. En la Sentencia C-254 de 2009²⁶ se hizo lo propio en relación con el Decreto 4704 de 2008, que declaró el estado de emergencia por la proliferación de la actividad de captación ilegal de dinero, sobre la base de que no especificaron ni detallaron los hechos que originaron el fenómeno económico, y de que dicha falencia no podía ser suplida por la propia corporación a través del decreto y práctica de pruebas de oficio. En un sentido semejante, el Decreto 4975 de 2009, que declaró el estado de emergencia por las afectaciones en el sistema de salud, fue declarado inexecutable en la Sentencia C-252 de 2010; entre otras cosas, en el fallo se adujo que los hechos constitutivos de la crisis por el crecimiento en la demanda de prestaciones no POS, el abuso en las demandas de servicios,

²³ Colombia Gobierno nacional, Decreto legislativo 777 de 1996, declarado inconstitucional en la sentencia de la Corte Constitucional C-328 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

²⁴ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 195 de 2003, declarado inexecutable en la sentencia de la Corte Constitucional C-327 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

²⁵ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez.

²⁶ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

el deterioro de la liquidez de las EPS e IPS o las exigencias de universalización de la cobertura el sistema, no tenían, en realidad, un carácter sobreviniente, extraordinario e inusitado, y que, por el contrario, se trataba de problemáticas estructurales y de vieja data bien conocidas por la propia Corte y por todo el Estado en general, que en todo caso debían ser enfrentados mediante los instrumentos ordinarios del Estado. Finalmente, el Decreto 020 de 2011, que declaró el estado de emergencia a raíz del fenómeno del Niño, fue declarado inexecutable en la Sentencia C-216 de 2011, sobre la base de que, en principio, la problemática planteada podía ser atendida mediante los instrumentos adoptados en el estado de emergencia inmediatamente anterior, que atendió al mismo fenómeno climático, que la ola invernal no constituía un hecho novedoso o inusitado, y que a pesar de la gravedad de las afectaciones, que se contaba con una amplia gama de herramientas ordinarias, y con las que adquirió en el estado de emergencia anterior.

Durante este mismo período, las medidas adoptadas por el Presidente de la República también fueron objeto de un control riguroso y estricto. Una buena parte de los decretos legislativos fueron declarados “inconstitucionales por consecuencia”, tras ser declarado inexecutable el decreto matriz²⁷. Otros decretos, por su parte, lo fueron por no guardar una relación de conexidad directa y estrecha con el problema de base o por desconocer los límites materiales impuestos en el ordenamiento constitucional.

²⁷ Entre otros, la Corte declaró la inconstitucionalidad por consecuencia de la siguiente normatividad: (i) de los decretos legislativos 3930 y 3990 de 2008, expedidos en el marco la crisis en el sistema judicial, en las sentencias C-071 de 2008 (M.P. Mauricio González) y C-073 de 2009 (M.P. Mauricio González), respectivamente; (ii) los decretos legislativos 4843, 4789 y 4704 de 2008, y 044 de 2009, expedidos en el marco de la emergencia por la proliferación de captadoras ilegales de dinero, en las sentencias C-255 (M.P. Juan Carlos Henao), C-257 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), C-283 (M.P. Humberto Antonio Sierra) y C-284 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); (iii) los decretos legislativos 4976 de 2009 y 127, 133, 128, 288, 075, 129, 135, 134, 074, 126, 332, 132 y 073 de 2010, expedidos en el marco de la crisis en el sistema de salud, en las sentencias C-254 (M.P. Mauricio González), C-253 (M.P. Nilson Pinilla), C-255 (M.P. Mauricio González), C-288 (M.P. Luis Ernesto Vargas), C-289 (M.P. Nilson Pinilla), C-290 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza), C-291 (M.P. Humberto Antonio Sierra), C-292 (M.P. Humberto Antonio Sierra), C-297 (M.P. María Victoria Calle), C-298 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt), C-302 (M.P. Juan Carlos Henao), C-332 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt), C-374 (M.P. María Victoria Calle) y C-399 de 2010 (M.P. María Victoria Calle).

En el marco del primer estado de emergencia declarado para atender la proliferación de captadores ilegales de dinero, la mayor parte de decretos legislativos fueron declarados inexecutable. Así ocurrió, por ejemplo, con la norma que establecía como sanción disciplinaria la entrega de recursos a captadores ilegales por parte de servidores públicos, sobre la base de que ello comportaba una privación del derecho a la propiedad privada, y de que la tipificación de esta conducta como falta disciplinaria no tendría la potencialidad de contribuir a la superación de la problemática de base²⁸. También se hizo lo propio en relación con la norma que facultaba a la Superintendencia de Sociedades para intervenir los negocios, las operaciones y el patrimonio de las personas que desarrollan actividades financieras sin autorización estatal, por cuanto esta habilitación envolvía una indeterminación inadmisibles desde la perspectiva del principio de legalidad y del derecho al debido proceso²⁹. Lo mismo sucedió con las normas que tipificaron los delitos de usura y de omisión de control y omisión de reportes sobre transacciones, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo, por cuanto los tipos penales apuntaban a criminalizar fenómenos punitivos de mayor envergadura, en contravía del denominado “requisito de especificidad”³⁰.

Aunque el control judicial no siempre ha tenido la misma contundencia y severidad, lo cierto es que esta narrativa y las decisiones de la Corte han transmitido un mensaje claro al Ejecutivo, para utilizar con mesura y prudencia sus competencias.

El indicador más claro de ese salto cualitativo son los cambios en los patrones empleados por el gobierno para declarar y hacer uso de los estados de excepción, antes y después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Desde una perspectiva cuantitativa, mientras entre 1970 y 1991 “ocho de cada diez días transcurrían en estado de sitio”, se calcula que entre 1995 y 2005 “cuatro de cada cinco días eran de normalidad constitucional”³¹, lo que podría

²⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-136 de 2009, M.P. Jaime Araujo Rentería.

²⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-145 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-225 de 2009 (M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez) y C-226 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

³¹ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control

significar que desde muy temprano se reajustaron los estándares históricos. Desde una perspectiva cualitativa, es claro que cada vez con menos frecuencia, el Presidente apela a los estados de excepción para enfrentar problemas estructurales ligados a brotes de violencia que son endémicos en el país, recurriéndose al mismo, en cambio, para atender contingencias derivadas de fenómenos naturales como terremotos, desbordamientos de ríos o afectaciones climáticas inusuales. Es probable que estas variaciones en los patrones estén vinculados a la gestión de la Corte.

No obstante ello, una vez se consolidaron los instrumentos de control hacia los años 2010-2012, el tribunal entró en una suerte de estado de “hibernación” o letargo, entre otras cosas porque a partir de entonces ha habido una reducción en los períodos de anormalidad que hicieron que el tribunal centrara su atención y sus esfuerzos en otras problemáticas de gran calado, entre ellas, la revisión de la normatividad expedida en el marco del proceso de paz. De este modo, el escrutinio judicial de los decretos legislativos expedidos con ocasión de las perturbaciones en la frontera con Venezuela y del desbordamiento de ríos en Mocoa durante este período, no impactó de manera decisiva la labor de la corporación.

Así las cosas, en la medida en que en este lapso comprendido entre los años 2012-2020 no se avanzó ni se desarrollaron nuevos esquemas de trabajo o nuevas metodologías de análisis y decisión, cuando sobrevino la crisis generada por la pandemia el tribunal optó por replicar los procedimientos, las categorías conceptuales, y los esquemas de reparto y de distribución de labores entre los despachos ya establecidos en el pasado. Aunque el modelo tradicional consolidado hasta este momento pudo ser funcional en períodos “típicos” de anormalidad, en coyunturas críticas e inusitadas como las generadas por la propagación del SARS-COV-2, afloraron sus insuficiencias y debilidades.

A continuación se identifican cuatro (4) de estos retos que se manifestaron en esta nueva coyuntura.

judicial de los estados de excepción”, *Documentos de Discusión de DJS*, Bogotá, 2005, (1), pp. 22-23, en <https://www.dejusticia.org/publication/el-control-judicial-de-los-estados-de-excepcion/>, consulta del 25 de marzo de 2021.

4. LOS RETOS DEL ESCRUTINIO JUDICIAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

4.1. LA CREACIÓN DE DISPOSITIVOS PARA HACER FRENTE A LOS INTENTOS DE ELUSIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

“Alcaldes nos encierran con decretos municipales o distritales que se sustentan en circular de ViceMinInterior que se fundamenta en decreto nacional ordinario que rige a partir de mañana, que se respalda en resolución de MinSalud que decreta emergencia sanitaria #EstadoDeDerecho”.

@Breverapolvos en Twitter, 15/enero/21, 8:17 pm

“Si con la Constitución de 1991 dejamos atrás el estado de sitio, con la pandemia volvimos al toque de queda. Lo peor es que ahora no se requieren facultades extraordinarias (...) Se le solicitó a la @CConstitucional un pronunciamiento y la C-145 de 2020 dijo que los decretos nacionales y territoriales de ‘aislamiento obligatorio’ iban ser a controlados por el @consejodeestado, tribunales y jueces. Frescos (...) Eso no ocurrió. Un año después no hay criterios, límites o condiciones para las autoridades”.

@juan_ospinar en Twitter, 26/marzo/21, 8:27 pm

Según se explicó anteriormente, el diseño normativo de los estados de excepción y el uso que de este ha hecho la Corte Constitucional favoreció la racionalización de las competencias gubernamentales en cabeza del Ejecutivo, luego de que, en el pasado, se hizo un uso desbordado e indiscriminado de estas potestades especiales.

Paradójicamente, este escrutinio estricto conlleva el peligro de que las instancias gubernamentales quieran contar con poderes especiales y ampliados, pero eludiendo el esquema de controles y contenciones en cabeza del Congreso y, especialmente, del juez constitucional.

Un primer mecanismo de elusión ocurre cuando el Presidente expide un decreto legislativo y no lo remite a la Corte para su revisión. Se trata, sin embargo, de una modalidad burda y evidente

de bloqueo del escrutinio, para la cual existe un remedio claro y a la mano: la aprehensión de oficio de la respectiva normatividad³². Una modalidad más sofisticada ocurre cuando, *de facto*, el Presidente de la República actúa por fuera del marco constitucional ordinario, pero invoca como fundamento de su actuación las competencias regulares, y nombra lo que desde un punto de vista sustantivo es un decreto legislativo como un decreto ejecutivo o reglamentario, como una resolución o como cualquier otro acto normativo, en principio no susceptible del control automático e integral previsto en artículo 241.7 de la Constitución. Frente a este tipo de situaciones que generan dudas razonables sobre la utilización de los poderes de excepción, el juez debería contar con instrumentos procesales específicos para determinar su legitimidad.

Desde esta perspectiva, el análisis del rol de los jueces debe recaer sobre los controles activados efectivamente, pero también sobre los que ha dejado de desplegar, y, por ende, la valoración de la gestión de la Corte no sólo debe efectuarse en función de lo que hace o afirma en sus fallos, sino también en función de lo que *deja de hacer y podría haber hecho*, especialmente cuando el Presidente adopta medidas propias de un estado de emergencia económica y social o del estado de conmoción interior, por fuera de este marco.

El caso paradigmático que ilustra esta dificultad es la respuesta del gobierno nacional y de las autoridades locales a la actual pandemia generada por la propagación del SARS-COV-2³³.

En esencia, la respuesta del Ejecutivo se produjo en dos frentes. Por un lado, con base en la declaratoria de emergencia sanitaria del Ministerio de Salud³⁴, se dispusieron distintos esquemas

³² Artículo 214.6 de la Constitución Política.

³³ Sobre la carencia de controles judiciales a las medidas adoptadas por el gobierno nacional y por las autoridades locales para contener la propagación del SARS-COV-2, *cfr.* OSPINA RENDÓN, Juan, "Autoritarismo a cuentagotas (análisis)". En: *El Espectador, Noticias-Judicial*, Bogotá, 8 de enero de 2021, en <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/autoritarismo-a-cuentagotas-analisis/>, consulta del 5 de marzo de 2021. Igualmente, *cfr.* OSPINA RENDÓN, Juan, "La salud del Estado de Derecho y el Covid-19", en *El Espectador, Opinión*, Bogotá, 14 de abril de 2020, en <https://www.elespectador.com/colombia2020/opinion/la-salud-del-estado-de-derecho-y-el-covid-19-columna-914574/>, consulta del 5 de marzo de 2021.

³⁴ Colombia, Ministerio de Salud, Resoluciones 385, 844, 1462 y 2230 de 2020, y 222 de 2021.

de aislamiento obligatorio para toda la población colombiana, orientados a restringir, severa y drásticamente, la libre circulación y las actividades económicas y sociales; en un primer momento se ordenó el llamado “aislamiento preventivo obligatorio”, entre marzo y agosto de 2020³⁵, y posteriormente el denominado “aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable”³⁶, con dispositivos como cuarentenas generalizadas, toques de queda nocturnos y en fines de semana, prohibición de apertura de colegios y universidades, restricción a la movilidad y al ingreso a establecimientos de comercio en función del género o del número de cédula de las personas, imposición de aforos, entre otros. El segundo tipo de medidas, en cambio, estuvieron encaminadas a contener los efectos económicos y sociales de las restricciones anteriores, para promover la reactivación económica y el empleo, atender las necesidades más apremiantes de la población vulnerable más afectada por las cuarentenas, y robustecer el sistema de salud, con mecanismos como la creación del Programa Ingreso Solidario o del Programa Apoyo al Empleo Formal³⁷, la introducción de unas exenciones al IVA para promover la reactivación económica³⁸, la adecuación de los procesos judiciales a la virtualidad³⁹, o el diseño de un auxilio económico para la población cesante⁴⁰.

El gobierno nacional y las autoridades locales entendieron que las restricciones a la movilidad y a las actividades sociales y económicas podían adoptarse en el marco de la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud por la propagación del SARS-COV-2⁴¹, y en desarrollo de las potestades ordinarias del Ejecutivo para mantener el orden público, previstas en los artículos 189.4, 296, 303 y 315 de la Constitución Política, y de conformidad con los artículos 199, 201 y 205 del Código Nacional de Policía. El segundo tipo de respuesta, en cambio, se adoptó en el marco del estado de emergencia económica y social declarado en un primer

³⁵ Colombia, Gobierno nacional, Decretos legislativos 457, 531, 593, 636, 749, 990 y 1076 de 2021.

³⁶ Colombia, Gobierno nacional, Decretos legislativos 1168, 1297, 1408 y 1550 de 2020.

³⁷ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 815 de 2020.

³⁸ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 430 de 2020.

³⁹ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 806 de 2020.

⁴⁰ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 801 de 2020.

⁴¹ Colombia, Ministerio de Salud, Resoluciones 385, 844, 1462, 2230 de 2020, y 222 de 2021.

momento en el Decreto 418 de 2020, y posteriormente en el Decreto 637 de 2020.

En términos del escrutinio judicial, el efecto del esquema anterior es que mientras las medidas que apuntan a contener los efectos económicos y sociales de los sucesivos modelos de aislamiento han sido objeto de un control automático e integral, los decretos “matrices”, mediante los cuales se impusieron las restricciones más severas para contener la propagación del SARS-COV-2 en el país, que comprometen de plano una amplia gama de derechos fundamentales como las libertades de circulación, de reunión y de asociación, y los derechos al trabajo, a la salud, al deporte y a la recreación, y que además carecen de precedentes en la historia constitucional colombiana, quedaron sometidos a los dispositivos ordinarios de control judicial, en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Se trata de un modelo de escrutinio que, cuando menos, causa profunda perplejidad.

Independientemente del debate sobre la naturaleza jurídica de toda esta normatividad, la maniobra gubernamental provocó un resultado paradójico, pues las normas matrices y las medidas de base, que implican un mayor compromiso de los principios y derechos constitucionales, carecen de un escrutinio estricto y automático, mientras que las de orden asistencial, de reactivación económica y de robustecimiento del sistema de salud, sí cuentan con un esquema de control jurisdiccional fortalecido.

La Corte, sin embargo, contaba con una robusta jurisprudencia y con instrumentos jurídicos que le hubieran permitido examinar la posibilidad de ampliar el espectro del control. Por un lado, según este mismo tribunal, la extensión de las competencias de revisión sobre las leyes y decretos con fuerza de ley se establece a partir de criterios materiales y sustantivos, y no a partir de criterios formales o nominales vinculados a la categorización del decreto o al tipo de competencias invocadas por el propio Gobierno o por el Congreso. Además, existen precedentes consolidados y asentados en la jurisprudencia sobre la reserva de ley en asuntos que implican una restricción a las libertades fundamentales, y sobre la competencia privativa del Congreso en estas materias⁴². Finalmente, según el

⁴² De hecho, con base en el artículo 24 de la Constitución, el artículo 30 de la CADH y los artículos 9, 12 y 21 del PIDCP, la Corte Constitucional ha concluido que el

artículo 214.6 de la Constitución Política, cuando no se cumple con el deber de remitir al organismo judicial los decretos legislativos para la respectiva revisión, *“la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”*.

No obstante que en el marco de los procesos judiciales algunos intervinientes solicitaron al tribunal revisar la validez de los decretos que dispusieron el aislamiento de los habitantes del país⁴³, este guardó silencio sobre esta posibilidad, y se abstuvo de indicar las razones por las que, a su juicio, carecía de esta potestad.

El examen de esta cuestión no era un asunto menor o insignificante, por varias razones.

Primero, el modelo de intervención gubernamental implica de plano una interferencia directa en una amplia gama de derechos fundamentales, incluso en sus facetas y dimensiones más básicas y esenciales. La libertad de locomoción, el derecho al trabajo, la libertad económica o el derecho a la educación, por ejemplo, han sido objeto de drásticas restricciones a través de decisiones como el cierre de colegios, cuarentenas generales y sectorizadas y toques de queda, cierre sistemático de establecimientos de comercio, y prohibiciones

Congreso tiene la competencia exclusiva para fijar restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales, con la única excepción de los estados de excepción, en los que el Ejecutivo asume funciones materialmente legislativas, pero supeditado a una serie de restricciones sustantivas, geográficas y temporales, y a la revisión automática e integral de la Corte. Igualmente, la Corte ha concluido que el poder de policía, entendido como la potestad para dictar normas generales que restringen el ejercicio de derechos fundamentales, está en cabeza del Congreso. Al respecto *cfr.* Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-179 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-1024 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-044 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa), C-593 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-825 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), C-511 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), C-790 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y C-223 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos).// Igualmente, *cfr.* Consejo de Estado–Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de mayo de 2010, C.P. C.P. William Zambrano Cetina, Rad. 11001-03-06-000-2010-00044-00 (1999), en [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-06-000-2010-00044-00\(1999\)-ok.pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-06-000-2010-00044-00(1999)-ok.pdf), consulta del 10 de febrero de 2021.

⁴³ Solicitudes presentadas por Dejusticia el día 22 de abril de 2020, y por la Universidad de los Andes en los procesos de revisión de los decretos expedidos en el marco de la emergencia económica. Documentos disponibles en <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/decretos.php>, consulta del 12 de marzo de 2021.

para realizar actividades físicas al aire libre. Se trata entonces de esquemas de aislamiento altamente intrusivos que tienen un alto costo en términos *iusfundamentales*, con el agravante de que, simultáneamente, se produjo una interrupción en el funcionamiento de los órganos del Estado con la suspensión de procesos judiciales dispuesta en su momento por el Consejo Superior de la Judicatura y el aplazamiento del inicio de sesiones en el Congreso, proscrita expresamente en el artículo 214.3 de la Constitución.

Segundo, las restricciones anteriores se extendieron a lo largo del tiempo, iniciando en el mes de marzo de 2020 a través del denominado “aislamiento preventivo obligatorio”, y continuando a través del “aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable” hasta el día de hoy. No se trató, por tanto, de limitaciones puntuales acotadas geográfica y temporalmente, sino de prohibiciones que, en términos coloquiales, se han convertido en la “nueva normalidad” y que constituyen un peligro latente.

Tercero, conforme transcurre el tiempo, se produce una especie de degradación o degeneración normativa, en el sentido de que, progresivamente, se robustecen las potestades de las autoridades nacionales y locales para limitar y restringir las libertades y los derechos fundamentales, y se relajan las exigencias tanto en términos de respaldo en la evidencia científica, como términos formales y procedimentales en el proceso de producción normativa. Con fundamento en sucesivas resoluciones del Ministerio de Salud que declararon el estado de emergencia sanitaria, se expidieron múltiples decretos que contemplaron el aislamiento preventivo y posteriormente el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable, que, a su turno, dio lugar a múltiples decretos reglamentarios del mismo gobierno y circulares de viceministros que habilitaron ampliamente a los alcaldes y a los gobernadores para disponer, a discreción y con laxitud, toda suerte de dispositivos: cierre indefinido de colegios y jardines infantiles, imposición de aforos, toques de queda, prohibiciones de actividades físicas al aire libre, cierres de parques metropolitanos, prohibiciones de uso de mobiliarios de los parques por menores de edad, restricciones a la movilidad y al ingreso de establecimientos de comercio en función del género o de la cédula o prohibiciones de apertura de determinados renglones económicos, que se

disponen a diario a través de circulares, decretos y notificaciones de última hora en Twitter y Facebook, hacen parte de este espectro de dispositivos implementados por alcaldes y gobernadores a lo largo de los años 2020 y 2021. Sin duda, se trata de estratagemas oscuras y enrevesadas que no responden a la lógica natural de producción normativa.

En cuarto lugar, las severas restricciones dispuestas en el todo el mundo se han canalizado, generalmente, a través de normativas expedidas en el marco del estado de excepción o de figuras equivalentes, susceptibles de un control jurisdiccional estricto. En el país vecino de Ecuador, por ejemplo, las limitaciones se adoptaron con fundamento en estados de calamidad pública decretados previamente por el Presidente de la República. La Corte Constitucional de dicho país declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1217 de 2020, que había decretado la calamidad pública por el incremento en los contagios de SARS-COV-2, y que dispuso una serie de restricciones a la movilidad y a las actividades económicas y sociales. En el fallo se señaló, entre otras cosas, que el estado de excepción tiene una vocación de vigencia temporal y excepcional, por lo que no puede extenderse indefinidamente en el tiempo, que la activación de los instrumentos extraordinarios debe tener fundamento en hechos ciertos y comprobables y no en riesgos hipotéticos como la aparición de nuevas cepas de supuesta mayor peligrosidad que no ha sido verificada, y que en todo caso los hechos invocados eran previsibles, y no sobrevinientes e intempestivos como lo exigía el ordenamiento constitucional⁴⁴.

Finalmente, aun cuando nominalmente estos dispositivos son susceptibles de un control judicial en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la idoneidad y eficacia de estos instrumentos es dudosa. Lo anterior, en tanto la revisión se activa únicamente con una demanda ante el Consejo de Estado o ante los tribunales administrativos, el análisis se circunscribe a los

⁴⁴ Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen del 27 de septiembre de 2020 No. 7-20-EE/20, caso No. 7-20-EE del 27 de diciembre de 2020, Juez Ponente: Daniela Salazar Marín, en http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOicyYzM2ZDg1NC1iZDFjLTRkMWQ4YjBkZS0xZGJjYWNmYjc3ZTcucGRmJ30=, consulta del 20 de marzo de 2021.

cargos planteados expresamente por los eventuales accionantes, y los plazos legales para dar trámite y resolver la controversia no son consistentes con la urgencia de un pronunciamiento judicial, máxime con los estrechos plazos de vigencia de los decretos, resoluciones, directivas y circulares mediante las cuales se imponen cuarentenas, toques de queda, cierres de colegios y universidades, aforos y protocolos. Se trata entonces de un dispositivo de control frágil y contingente.

Todo lo anterior ameritaba que, habiendo mediado solicitudes expresas para que el tribunal avocara el conocimiento de los decretos mediante los cuales se dispusieron distintos modelos de aislamiento en todo el país, el tribunal abordara la pregunta sobre su competencia para la revisión judicial, para, en caso afirmativo, determinar si los esquemas de contención a la pandemia se ajustaban a las exigencias en la Constitución. La respuesta de la Corte fue, en contraste, un conveniente y discreto silencio.

De hecho, en el salvamento de voto de los magistrados Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas a la Sentencia C-145 de 2020⁴⁵ se formuló esta misma crítica a la línea decisional de la Corte. Los magistrados disidentes calificaron como “elusión constitucional” la decisión del tribunal de abstenerse de evaluar su propia competencia frente a los decretos de aislamiento. A su juicio, la facultad del tribunal para aprehender de oficio los decretos con contenido y fuerza material de ley imponía la revisión de tales decretos: *“Un acercamiento material, conforme al principio de prevalencia del derecho sustancial y las subreglas jurisprudenciales de esta Corporación, implica que debe entrar a determinar si la sola referencia textual y formal a la normativa resulta por sí misma suficiente para concluir inequívocamente que estamos ante decretos ordinarios o ejecutivos, o si por el contrario estamos en frente de derechos con fuerza material de ley (...) A partir de una interpretación sistemática y teleológica la Corte en la sentencia C-245 de 2020, ha debido concluir que efectivamente los decretos que contemplaron medidas de aislamiento preventivo obligatorio tienen un contenido material de ley, pues limitan derechos fundamentales”*.

⁴⁵ M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

4.2. OPORTUNIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES

“Primero fue un chisme. Luego un boletín de prensa. Por fin el comunicado. Todavía sin sentencia”

@malbarracin en Twitter, 30/julio/2020, 8:51 am

“Es hora de que la @CConstitucional se tome en serio esto. Las sentencias salen tarde. Son extensas, confusas. Y las ruedas de prensa y los comunicados solo sirven para desinformar y confundir a la gente. Honorables magistrados, ustedes también hacen parte del problema”

@CarlosCortes en Twitter, 19/septiembre/2019, 1:12 pm

“Otra vez, en un momento crucial para el país, la base para tomar decisiones fue un comunicado de prensa de la Corte Constitucional, no una sentencia”

@Dejusticia en Twitter, 30/julio/2020, 8:32 am

Dado que para el constituyente la revisión automática e integral de los decretos legislativos constituye un elemento neurálgico de los estados de excepción, y dado que en estas coyunturas de excepcionalidad y anormalidad las decisiones del Ejecutivo deben adoptarse ágil y vertiginosamente, la oportunidad de las sentencias reviste una particular relevancia, máxime cuando estos decretos normalmente tienen un estrecho plazo de vigencia temporal. Por ello, el artículo 242 de la Carta Política se establece que en estos procesos *“los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley”*⁴⁶.

Debe reconocerse que, cada vez que el Presidente de la República declara una emergencia económica y social o un estado de conmoción interior, internamente el tribunal readecúa sus

⁴⁶ Sobre los problemas asociados a la oportunidad de las decisiones judiciales en la Corte Constitucional *cfr.* CORTÉS, Carlos, “La Corte Constitucional, a paso de tortuga”. En: *La Silla Vacía, Justicia*, Bogotá, 28 de junio de 2010, en <https://lasillavacia.com/historia/16302>, consulta del 29 de marzo de 2021. // Sobre esta misma problemática en el contexto de la revisión de los decretos legislativos, *cfr.* JIMÉNEZ OSPINA, Alejandro. “Las sentencias cojean, pero llegan...tarde”. En: *Dejusticia*, 24 de julio de 2020, <https://www.dejusticia.org/column/las-sentencias-cojean-pero-llegan-tarde/>, consulta del 30 de marzo de 2021.

esquemas internos de trabajo para dar prioridad a los denominados procesos "RE-". Sin embargo, pese a que estos entornos de anormalidad imponen una lógica distinta para hacer frente a una avalancha de decretos cuya validez debe quedar definitivamente establecida en plazos estrechos, la Corte ha venido replicando esquemas decisionales y dinámicas procesales que, si bien pueden ser funcionales en otros contextos, en coyunturas altamente complejas no responden a la premura y al apremio propio de los estados de emergencia y de conmoción interior.

En efecto, el tribunal no acumula los decretos legislativos según un criterio material, sino que los asigna de manera separada a los diferentes despachos de manera aleatoria, lo que conduce a que, con frecuencia, materias afines sean objeto de aproximaciones distintas e incluso opuestas por los distintos despachos, y a que cada uno asuma el conocimiento de varios decretos legislativos que abordan problemáticas diferentes, lo que dificulta la labor de sustanciación y de proyección de los fallos. Unas mismas intervenciones que son radicadas en procesos distintos, deben ser procesadas por distintos despachos, lo que constituye una duplicación innecesaria de trabajo.

Asimismo, la Corte, en lugar de intentar procesos de construcción colectiva que enriquecen y facilitan la elaboración de los fallos, ha mantenido el esquema decisorio tradicional en el que cada despacho elabora interna y autónomamente una ponencia que es sometida a consideración de los demás magistrados y luego a la Sala Plena. Se trata de un trabajo dispendioso y exigente, pero no siempre fructífero, pues, con frecuencia, las ponencias trabajadas de manera individual al interior de cada despacho son objeto de profusos comentarios y observaciones por los demás magistrados en la forma de "fichas", que son procesadas por el magistrado ponente antes de ser debatidas en Sala Plena, y que implican, en muchas ocasiones, cambios muy sustantivos a la propuesta del magistrado sustanciador del proceso. Posteriormente la ponencia original es debatida por todos los magistrados en Sala Plena, pero sin que cada uno de ellos tenga conocimiento de los comentarios críticos formulados previamente por sus pares en las denominadas "fichas", ni la forma en que el ponente las ha procesado. En este marco se produce la decisión final, que normalmente implica

introducir nuevas modificaciones sustantivas y de gran calado al proyecto de fallo, o, cuando no se obtiene la mayoría requerida, una rotación de la ponencia y la necesidad de reelaborar casi que integralmente el texto de la sentencia. Se trata entonces de un modelo desgastante y poco funcional al objetivo de definir con celeridad y prontitud la validez de las medidas adoptadas por el Presidente en contextos de apremio y urgencia.

La construcción misma de los textos de las sentencias mantiene la dinámica tradicional, con elementos como el recuento lineal de las intervenciones en lugar de su sistematización, la reiteración *in extenso* de líneas jurisprudenciales ya consolidadas, y la elaboración de larguísimos acápites conceptuales en el que análisis específico de los problemas concretos termina teniendo un espacio residual dentro del fallo judicial.

Adicionalmente, con frecuencia los procesos son suspendidos por el decreto y práctica de pruebas, la formulación de impedimentos y recusaciones, o la declaratoria de prejudicialidad⁴⁷.

La confluencia de todas estas variables hace que el proceso deliberativo y decisorio se ralentice, y que no se desarrolle con la fluidez que se requiere en esos entornos especialísimos de anormalidad caracterizados por la “explosión” de decretos legislativos. Aun cuando formalmente bajo este modelo la decisión sobre la validez de los decretos legislativos se produce dentro del plazo legal, en ocasiones la determinación judicial es materialmente tardía.

Primero, puede ocurrir que el plazo haya sido extendido por la propia Corte, a veces incluso de manera artificiosa.

Esto puede suceder, por ejemplo, cuando se decretan pruebas que, en principio, están llamadas a dotar de elementos de juicio al tribunal, pero que no sólo tienen el efecto de dilatar el proceso, sino que, además, genera para las instancias gubernamentales y para el propio tribunal una carga procesal adicional que no se justifica cuando la información proporcionada no es decisiva en el escrutinio judicial, y cuando, por tanto, no resulta funcional a ningún objetivo constitucional.

⁴⁷ Colombia, Corte Constitucional, autos 254, 256, 257, 258, 259, 279, 281 y 330 de 2020.

Con respecto a los decretos legislativos 417 y 637 de 2020, que declararon el estado de emergencia, los magistrados sustanciadores de los respectivos procesos decretaron una serie de pruebas sobre toda índole de materias, respecto de las cuales ya se había proporcionado información robusta y contundente⁴⁸. Entre otras cosas, se requirió información a distintas instancias gubernamentales sobre los planes de contingencia para enfrentar el covid-19, los programas para contener la propagación del virus y aprovisionar vacunas, el número de procesos de insolvencia de empresarios iniciados en el 2020, el impacto económico de la pandemia, las características de la crisis sanitaria, los planes para adquirir equipos de protección para el personal sanitario o administrativo y brindar servicios de urgencia, consulta, hospitalización y cirugía, y para equipar los laboratorios de diagnóstico, garantizar la obtención y seguimiento de datos y acelerar la investigación y desarrollo de vacunas y terapias, la tasa de contagio y de mortalidad, las tasas de crecimiento *“clasificada por la gravedad, origen del contagio, edad y sexo, precisando el método de estimación, la fuente de la misma y la razones de diferenciación frente a la tasa internacional”*, y la forma en que *“se dejan a salvo los derechos sociales de los trabajadores mediante el decreto declaratorio”*. Esta información, sin embargo, no fue decisiva en los juicios de constitucionalidad emprendidos en las sentencias C-145 de 2020⁴⁹ y C-307 de 2020⁵⁰, pues los juicios de realidad, identidad, extraordinariedad, gravedad e inminencia de los hechos invocados, y de insuficiencia de los mecanismos ordinarios del Estado, tuvieron como base, en esencia, la misma información ya reportada en la parte motivo de los decretos.

Esta misma lógica se mantuvo durante la vigencia de las emergencias del año 2020, pues, de manera sistemática y reiterada, se requirió toda suerte de información que, de ser realmente indispensable y de no estar contenida en los mismos considerandos del decreto, debía dar lugar a la inexecutable de la respectiva normativa por desconocimiento de la carga de motivación. De

⁴⁸ M.S. José Fernando Reyes Cuartas (exp. RE-232) y M.S. Luis Guillermo Guerrero Pérez (RE 305).

⁴⁹ M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁵⁰ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

hecho, en el 69% de los procesos⁵¹ el tribunal hizo requerimientos de esta clase a través de “fórmulas tipo” en las que formalmente se decretaban pruebas, pero en las que, en realidad se otorgaba un plazo especial al gobierno nacional para defender la validez del decreto, defensa para la cual ya existe una instancia procesal específica. Se trató, en muchos casos, de una duplicación de la actuación procesal que tiene como efecto la dilación del proceso, y el aplazamiento del respectivo fallo judicial⁵².

Segundo, la decisión puede ser materialmente tardía cuando se declara la inexecutableidad de un decreto legislativo por razones de forma, estando próximo el vencimiento del proceso. Este es el caso del Decreto 580 de 2020, declarado inexecutable en la sentencia C-256 de 2020⁵³ por no haber sido suscrito por los ministros de Salud y Protección Social y de Ciencia, Tecnología e Innovación. Esta normatividad otorgaba una serie de subsidios y de beneficios a los usuarios de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo de los estratos 1, 2 y 3, así como la facultad a las entidades sin ánimo de lucro para diferir el pago. El decreto, que fue expedido el día 15 de abril de 2020, fue declarado inexecutable el 23 de julio del mismo año, esto es, más de tres meses después de su expedición. Si bien la decisión no tuvo efectos retroactivos, sí representa una amenaza a la seguridad jurídica tanto para los beneficiarios del decreto, población vulnerable que razonablemente pudo asumir que las ayudas estatales se extenderían más allá del 23 de julio, como de las entidades territoriales obligadas a “deshacer” el esquema implementado para otorgar las ayudas a la población afectada por el aislamiento.

⁵¹ Se surtieron 114 procesos, de los cuales 76 fueron suspendidos para solicitar pruebas.

⁵² En los procesos RE-235, 243, 254, 265, 273, 277, 285, 294, 313, 318, 325 y 332 (M.S. Diana Fajardo Rivera) se ofició a la Presidencia de la República para que “*se sirva presentar los argumentos que, según la motivación del Decreto, justifican la medida adoptada a la luz de los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, no discriminación, y demás requisitos (...)*”. Requerimientos semejantes se encuentran en los procesos RE-236 (M.S. Alejandro Linares Cantillo), 244 (M.S. Carlos Bernal Pulido), 251 (M.S. Alejandro Linares Cantillo), 266 (M.S. Alberto Rojas Ríos), 276 (M.S. Cristina Pardo Schlesinger), 281 (M.S. Carlos Bernal Pulido), 295 (M.S. Cristina Pardo Schlesinger), 301 (M.S. Alejandro Linares Cantillo), 305 (M.S. Luis Guillermo Guerrero Pérez), 308 (M.S. Luis Guillermo Guerrero Pérez), 319 (M.S. Alejandro Linares Cantillo), 328 (M.S. Alejandro Linares Cantillo), 331 (M.S. Alejandro Linares Cantillo), 340 (M.S. Alberto Rojas Ríos) y 341 (M.S. Cristina Pardo Schlesinger).

⁵³ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Todo este tipo de coyunturas hacen latente y evidente la necesidad implementar procedimientos especiales para que yerros formales que se estiman insalvables, puedan ser identificados de manera preliminar, y solventados oportunamente.

Tercero, la decisión es materialmente tardía cuando se declara la inexecutable de un decreto legislativo que ya ha producido la totalidad de los efectos que le son propios, o que ya ha sido derogado o modificado, y nunca produjo efectos jurídicos.

No se trata de hipótesis extravagantes. El Decreto 568 de 2020 creó el Impuesto Solidario para los servidores públicos de mayores ingresos durante los meses de mayo, junio y julio de 2020, pero fue declarado inexecutable en la sentencia C-293 de 2020⁵⁴, del día 8 de agosto de 2020, cuando ya se habían efectuado las retenciones respectivas, y cuando, por tanto, los contribuyentes ya habían hecho el aporte económico a las arcas del Estado; ante esta dificultad, la corporación se vio obligada a dar efectos retroactivos a la decisión, determinando que *“los dineros que los sujetos pasivos del impuesto han cancelado se entenderán como abono del impuesto de renta para la vigencia 2020, y que deberá liquidarse y pagarse en 2021”*. El Decreto 558 de 2020 dispuso una reducción en el pago de los aportes al sistema pensional durante los meses de abril y mayo de 2020, con el propósito dar liquidez a los trabajadores y de reducir los costos laborales de las empresas afectadas por el aislamiento obligatorio, pero fue declarado inexecutable en la sentencia C-258 de 2020⁵⁵, del 23 de julio del mismo año, cuando ya se habían dejado de realizar las cotizaciones; en el fallo se declaró la inexecutable *“con efectos a partir de su expedición”*, y se ordenó implementar un mecanismo razonable para que los empleadores, empleados e independientes pudiesen aportar los saldos faltantes de las cotizaciones al sistema pensional; al momento, el Ministerio del Trabajo tiene sólo un borrador de decreto en el que se contempla la obligación de efectuar pagos complementarios en un plazo de 36 meses contados a partir del 1 de diciembre de 2020, y con unos plazos especiales para quienes se encuentren próximos a la edad de pensionamiento; es probable, por tanto, que muchos trabajadores pierdan los aportes al sistema pensional durante los meses de abril y mayo de 2020

⁵⁴ M.P. Gloria Stella Ortoz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger.

⁵⁵ M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

por la tardanza en la decisión judicial. Por su parte, el Decreto 797 de 2020 contempló la terminación unilateral de los contratos de arrendamiento de locales comerciales para las actividades más afectadas por el aislamiento hasta el 31 de agosto de 2020, pagando el *“valor correspondiente a un tercio de la cláusula penal (...) sin que proceda otra penalidad, multa o sanción a título de indemnización, proveniente de la ley o de acuerdo entre las partes”*, y, en caso de existir cláusula, al pago de un canon de arrendamiento; el decreto fue declarado inexecutable en la sentencia C-409 de 2020⁵⁶, del día 17 de septiembre, cuando ya había cesado la facultad para ejercer la terminación unilateral especial; el tribunal precisó que *“esta declaración no fue objeto de condicionamiento en el tiempo, por razones de seguridad jurídica. Por lo tanto, la declaratoria de inexequibilidad produce efectos jurídicos a partir de su comunicación”*, lo que significa que, en realidad, la decisión no produjo ningún efecto.

En otros casos, la decisión judicial se produce frente a normativas que no están llamadas a producir efectos por haber sido modificadas o derogadas en el marco del estado de excepción. En la sentencia C-175 de 2020⁵⁷, por ejemplo, se revisó la constitucionalidad del Decreto 535 de 2020, cuando ya había sido modificado por el Decreto 807 de 2020, con el argumento de que no era viable hacer un examen integrado de ambas normativas. A juicio del tribunal, el artículo 215 de la Carta Política impone una revisión de todos los decretos legislativos a la que este no se puede sustraer⁵⁸.

⁵⁶ M.P. Luis Javier Moreno Ortiz.

⁵⁷ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁸ Lo mismo aconteció con el Decreto 558 de 2020, que, en el marco de la emergencia generada por el sars-cov-2, contempló el traslado de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado de los Fondos de Pensiones y Cesantías a Colpensiones, en un escenario en el que el Gobierno avizoró una descapitalización de los mencionados fondos que eventualmente podría poner en peligro el pago de las mesadas. Empero, una vez la alarma económica cesó, el Gobierno varió las condiciones del traslado de pensionados de los fondos privados a Colpensiones en el Decreto 802 de 2020. Entre otras cosas, se pasó de un mecanismo obligatorio y forzoso para todos los pensionados bajo la modalidad de retiro programado con mesadas de 1 salario mínimo, a uno voluntario de las AFP, se habilitó a Colpensiones para oponerse a los traslados que representen un riesgo jurídico, financiero u operativo para la entidad, se amplió el plazo para la operación de traslado, y se aclaran las responsabilidades de los fondos privados, adicionales al pago de la mesada por un salario.// Habiendo sido expedido y habiendo entrada en vigencia

Finalmente, debe destacarse el notable rezago que suele presentarse entre la fecha en que la Sala Plena adopta la decisión judicial y aquella en que se publica el fallo. En el marco de las emergencias del año 2020, por ejemplo, el tiempo transcurrido entre la adopción de la decisión por la Sala Plena y la publicación de la providencia fue, en promedio, de un mes, pero en algunos casos llegó a ser de tres (3), cuatro (4), cinco (5) o incluso ocho (8) o diez (10) meses⁵⁹. Aún más, algunos fallos aún no han sido publicados, tal como ocurre con la sentencia C-409 de 2020⁶⁰.

4.3. LA READECUACIÓN METODOLÓGICA Y CONCEPTUAL PARA UN ANÁLISIS ESTRUCTURADO Y SISTÉMICO DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

“Una ‘cita en bloque’ de 37 hojas, y después se preguntan por qué les llaman sentencias ininteligibles”

@MárquezLuna en Twitter, 23/diciembre/2019, 11.38 pm

“En serio. Estas sentencias casi barrocas solo se inclinan a la opacidad y eso nada sirve a la justicia”.

@ColombiaLawBiz en Twitter, 28/agosto/2020, 8:13 am

“¿Por qué la Corte Constitucional tiene que hacer las berracas sentencias tan #x#x#x#x largas si igual es la repetición de la repetidora?”

@LDaniela_Diaz en Twitter, 28/marzo/2017, 7:42 pm

el Decreto 806 de 2020, la Corte Constitucional emprendió el análisis del Decreto 558 de 2020, de manera aislada y separada del Decreto 806 de 2020, en lugar de, por ejemplo, efectuar una revisión en bloque de los modelos de traslado previstos en ambas normatividades. Habiendo sido declarado inexecutable el Decreto 558 de 2020 en la sentencia C-258 de 2020, las disposiciones del Decreto 806 de 2020 cayeron en el vacío.

⁵⁹ La sentencia C-162 de 2020 (M.P. Alejandro Linares) es de junio 3, pero la publicación se produjo el 18 de agosto, esto es, 2 meses y medio más tarde. La sentencia C-150 de 2020 (M.P. Luis Guillermo Guerrero) es del 27 de mayo de 2020, pero fue publicada el 10 de febrero de 2021, casi diez (10) meses más tarde. La sentencia C-151 de 2020 (M.P. Luis Guillermo Guerrero) es del 27 de mayo, pero la publicación se produjo el 21 de septiembre, cuatro (4) meses después. La sentencia C-156 de 2020 (M.P. Antonio José Lizarazo) es del 4 de junio de 2020, y la publicación ocurrió el 1 de febrero de 2021, después de ocho (8) meses. Rezagos semejantes se encuentran en las sentencias C-178, C-186, C-202 y C-258 (M.P. Antonio José Lizarazo).

⁶⁰ M.P. Luis Javier Moreno Ortiz.

La Corte Constitucional ha hecho importantes esfuerzos por idear y diseñar metodologías de análisis especiales para evaluar la validez de los decretos legislativos.

No obstante, estos esquemas y modelos de trabajo replican, desde distintos puntos de vista, las dinámicas propias de los procesos tradicionales de constitucionalidad abstracta, en los que el juez constitucional valora cuestionamientos concretos y precisos formulados contra una disposición legal por la ciudadanía. La Carta Política, en cambio, contempló una revisión automática e integral de los decretos legislativos, para que la Corte valorara la respuesta del Ejecutivo a una situación crítica, considerada en conjunto y a la luz de todo el ordenamiento superior y no sólo a la luz de algunas disposiciones constitucionales específicas.

Pese a que uno y otro proceso responden a una lógica sustancialmente distinta, desde el punto de vista procesal y conceptual han tenido un tratamiento análogo, y ello ha conducido a que la labor de revisión de los decretos legislativos sea segmentada y confusa.

En efecto, al replicarse el modelo tradicional, el tribunal mantiene el análisis individualizado de los decretos legislativos, lo que le impide tener una aproximación y un entendimiento global y sistémico a la respuesta del Ejecutivo, todo lo cual favorece el sesgo y las brechas en el escrutinio judicial, y limita el examen de la respuesta gubernamental a la problemática de base.

En algunos contextos esta revisión individualizada no comporta mayores traumatismos, especialmente cuando la reacción estatal a una coyuntura crítica se concreta en un repertorio concreto, cerrado y estrecho de medidas. En el caso del estado de emergencia para atender las crecientes de las quebradas y ríos aledaños al municipio de Mocoa, por ejemplo, se dispuso una canalización de recursos al territorio afectado del propio Presupuesto General de la Nación y del Fondo de Solidaridad⁶¹, la puesta en marcha de planes para el suministro de servicios públicos domiciliarios en el municipio⁶², la creación

⁶¹ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 733 de 2017, declarado exequible en la sentencia C-434 de 2017 (M.P. Diana Fajardo Rivera) y decreto legislativo 466 de 2017, declarado exequible en la sentencia C-466 de 2017 (M.P. Carlos Bernal Pulido)

⁶² Colombia, Gobierno nacional, Decretos legislativos 734 y 735 de 2017, declarados exequibles en las sentencias C-465 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) y C-468 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

exenciones tributarias temporales en favor de sus habitantes⁶³, y la creación de exenciones de pago de la cuota de compensación militar y el aplazamiento en las fechas para la definición de la situación militar a los habitantes de Mocoa afectados por el desastre natural⁶⁴. La revisión por separado de siete decretos legislativos en este escenario no implicó una desestructuración del escrutinio judicial.

En contraste, en entornos altamente complejos como los asociados a la pandemia generada por el SARS-COV-2, este mismo análisis segmentado pierde de vista una perspectiva de conjunto que resulta indispensable para evaluar la validez de la respuesta del Presidente a la problemática de base. Lo que desde la perspectiva de un decreto individualmente considerado puede aparecer como constitucional, desde una perspectiva global y sistémica puede no serlo y, a la inversa, aquello que desde el punto de vista de la revisión individualizada puede ser percibido como ajustado a la Carta Política, puede no serlo desde esta perspectiva integral.

La reacción frente a la propagación del SARS-COV-2 no sólo se ha materializado en normatividad del más diverso tipo (decretos legislativos, decretos reglamentarios y decretos ejecutivos, circulares, resoluciones y decretos de instancias del orden nacional y del orden local), cuyo control corresponde a jueces y tribunales administrativos, Consejo de Estado y Corte Constitucional, sino que, además, el control en cabeza de este último organismo se efectúa de manera fragmentaria, cuando los centenares de decretos son repartidos entre los distintos despachos en el orden en que fueron remitidos y allegados al tribunal.

El Decreto 518 de 2020, por ejemplo, creó el Programa Ingreso Solidario, diseñado para efectuar transferencias monetarias no condicionadas a la población más vulnerable del país, no beneficiaria de los programas Familias en Acción, Colombia Joven, Colombia Mayor y devolución del IVA. Este decreto, aisladamente considerado, podía ser objeto de distintas críticas y señalamientos. Desde la perspectiva del derecho a la igualdad, por ejemplo, se argumentó que el monto de las ayudas otorgadas a los beneficiarios

⁶³ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 731 de 2017, declarado parcialmente exequible en la sentencia C-517 de 2017 (M.P. Iván Escrucería Mayolo).

⁶⁴ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 687 de 2017, declarado exequible en la sentencia C-437 de 2017 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

de PIS era superior a los contemplados para estos últimos programas estatales, pese a que, en uno y otro caso, sus destinatarios presentan condiciones extremas de vulnerabilidad económica que, al menos en principio, ameritan un trato equivalente. Desde la perspectiva del derecho al mínimo vital, se sostuvo que correspondiendo el monto de la transferencia al 25% de un salario mínimo con el cual se aspiraban a financiar las necesidades de todo el grupo familiar, la ayuda estatal resultaba insuficiente de cara a este derecho fundamental⁶⁵.

Estas dudas que legítimamente surgen de una consideración aislada del Decreto 518 de 2020, adquieren otra perspectiva cuando el análisis se efectúa de manera sistemática e integral, y se estructura en función de ejes temáticos o bloques de políticas estatales. Así, la duda por la posible vulneración del derecho a la igualdad por las presuntas asimetrías entre los beneficiarios del Programa Ingreso Solidario y de otros programas estatales para población vulnerable, desaparece cuando se repara en que, al mismo tiempo, los decretos legislativos 553, 659 y 814 de 2020 contemplaron apoyos adicionales para estos mismos grupos poblacionales que son beneficiarios de Familias en Acción, Jóvenes en Acción y Colombia Mayor. Por su parte, la duda por la precariedad de la ayuda otorgada a la población más vulnerable que en razón del aislamiento no puede ejercer actividades productivas, y por el eventual desconocimiento del derecho al mínimo vital, adquiere otra dimensión cuando se tiene en cuenta que, mediante otros decretos legislativos, el gobierno nacional adoptó un paquete más complejo de apoyos estatales: beneficios especiales para los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, gas, acueducto y alcantarillado de los estratos 1 y 2⁶⁶, esquemas de protección a los trabajadores y productores agropecuarios⁶⁷, medidas especiales para garantizar la afiliación al sistema de salud de quienes han perdido capacidad de pago⁶⁸, creación del Servicio Social Complementario en el marco de los Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) para los adultos mayores que no pueden acceder

⁶⁵ Intervención de la Universidad de los Andes en el marco del proceso RE-262, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/decretos.php>, consulta del 25 de febrero de 2021.

⁶⁶ Colombia, Gobierno nacional, Decretos legislativos 517 y 528 de 2020

⁶⁷ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 796 de 2020.

⁶⁸ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 800 de 2020.

a la pensión de vejez⁶⁹, programas de ayudas económicas para las personas cesantes⁷⁰, o la creación del registro Social de Hogares y Plataforma de Transferencias Monetarias para Atención de Hogares Pobres y Vulnerables⁷¹, hacen parte de este espectro, y son relevantes de cara a la valoración de la respuesta estatal en el marco del estado de emergencia económica y social.

Institucionalmente, sin embargo, no existen mecanismos para efectuar este análisis sistémico, y sólo de manera informal, contingente y casual, se apela a este tipo de análisis integrado que resulta decisivo a la hora de determinar la constitucionalidad de las medidas gubernamentales. De esta suerte, la forma en que el tribunal organiza el trabajo de revisión, produce un análisis desestructurado y asistemático.

Por otro lado, los test que se vienen implementando para examinar la validez de los decretos legislativos fraccionan y debilitan el análisis, e impiden identificar y examinar en profundidad los “problemas gruesos” de la respuesta del Presidente a la situación de crisis.

En efecto, la teoría jurídica, acogida por la propia Corte en otros contextos, distingue tres tipos de vicios en todo acto normativo: los vicios formales y procedimentales, los vicios sustantivos, y los vicios competenciales. Siendo los decretos legislativos una modalidad más de acto normativo, se esperaría que el análisis judicial se estructure en función de estas tres grandes categorías, incorporando en cada una de ellas los estándares de control propios de los estados de excepción.

Desde esta perspectiva, dentro del *análisis formal* se evaluaría la suscripción del decreto por el Presidente y todos sus ministros, y el cumplimiento de la carga de la motivación. El *análisis competencial*, por su parte, se orientaría a determinar si el decreto se enmarca, territorial y temporalmente, dentro la problemática de base, así como la idoneidad y la necesidad de los dispositivos implementados. Finalmente, el *análisis material* se orientaría a establecer la compatibilidad de las medidas gubernamentales con

⁶⁹ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 565 de 2020.

⁷⁰ Colombia, Gobierno nacional, Decretos legislativos 553, 770 y 801 de 2020.

⁷¹ Colombia, Gobierno nacional, Decreto legislativo 812 de 2020.

el ordenamiento constitucional, a la luz de las exigencias especiales asociadas a las prohibiciones de suspensión de los derechos fundamentales intangibles, de desmejora de los derechos sociales de los trabajadores y de suspensión del funcionamiento de las ramas del poder público.

Paulatinamente, sin embargo, se ha reformulado el test metodológico, desagregando y fraccionando estas categorías sólidas en una serie de catorce (14) estándares o juicios cuyo contenido se replica sucesivamente, y que dispersan y desarticulan el ejercicio analítico.

Así, la Corte entiende que una exigencia formal es la debida motivación del decreto, pero más adelante incorpora otro estándar, el denominado *“juicio de motivación suficiente”*, en el que se examina *“si el Presidente ha presentado razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas”*.

De igual modo, el examen sustantivo, en principio orientado a determinar la compatibilidad de las líneas de acción definidas por el Presidente con el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales a partir de un principio de proporcionalidad, se ha fraccionado y desagregado en varios juicios que, a pesar de estar separados metodológicamente, conducen al mismo tipo de verificación: en el denominado *“juicio de ausencia de arbitrariedad”* se examina si la normatividad respeta el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales, en el llamado *“juicio de intangibilidad”* se estudia nuevamente si se respetaron algunos de estos derechos, los llamados *“derechos intangibles”*, que son también derechos fundamentales; en el denominado *“juicio de no contradicción específica”* se examina la compatibilidad de la medida con los tratados internacionales de derechos humanos, esto es, con los mismos derechos cuyo respeto se ha evaluado en los dos juicios anteriores; por su parte, en el *“juicio de proporcionalidad”* se estudia si *“las restricciones a los derechos y garantías son respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis”*; y en el *“juicio de no discriminación”* se evalúan las medidas a la luz de la prohibición de discriminación y de tratos injustificados, como derivación del derecho a la igualdad. Como puede advertirse, dentro de la metodología concebida por la Corte el mismo tipo de análisis se replica en seis juicios nominalmente distintos, pero

materialmente equivalentes. Causa extrañeza, además, que el “juicio de proporcionalidad” se plantee como un estándar separado y autónomo, cuando, en realidad, este constituye una metodología especial para evaluar las restricciones a los principios, valores y derechos, y no como algo extraño y ajeno a esto último. Bajo este modelo, entonces, el juez replica una y otra vez el mismo tipo de consideraciones, sin poder centrarse ni profundizar en los problemas cardinales de una medida gubernamental.

Y como según la jurisprudencia constitucional se deben efectuar los catorce (14) juicios frente a cada prescripción contenida en cada uno de los decretos legislativos, el resultado es un ejercicio no sólo mecanicista, reiterativo y redundante, sino ante todo superficial, confuso, ininteligible y carente de ejes conceptuales sólidos, que difumina e invisibiliza los ejes esenciales y fundamentales propios del escrutinio judicial.

En la Sentencia C-150 de 2020⁷², por ejemplo, se aplicó juiciosa y meticulosamente el test diseñado por el tribunal para evaluar la validez del Decreto 458 de 2020, que contempla unas transferencias económicas extraordinarias para los beneficiarios de los programas Familias en Acción, Colombia Mayor y Jóvenes en Acción. El ejercicio analítico allí plasmado demuestra que las categorías conceptuales empleadas por el tribunal obligan a mezclar indistintamente consideraciones sustantivas con consideraciones de orden competencial, a ignorar los ejes temáticos que requieren de una reflexión profunda, y a replicar afirmaciones especulativas y superficiales a lo largo de todo el fallo judicial.

Así, en el *juicio de finalidad* se argumenta que las ayudas monetarias contempladas para los beneficiarios de los programas Familias en Acción, Colombia Mayor y Jóvenes en Acción responden al objetivo de atender el *“menoscabo económico y social causado a la población más vulnerable del país a raíz del brote de la enfermedad del coronavirus COVID-19 y las consecuentes medidas de restricción y aislamiento preventivo obligatorio”*. Esta misma consideración se replica en los denominados *“juicio de conexidad”* y *“juicio de necesidad”*: frente al primero se afirma que los reconocimientos y las ayudas económicas buscan afrontar *“la grave afectación del*

⁷² M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

mínimo vital de la población más desprotegida y vulnerable del país” y en el segundo, que la necesidad de la medida “surge de la previsible afectación del mínimo vital de los hogares más vulnerables del país, producto de las consecuencias adversas generadas por la pandemia del coronavirus COVID-19, con graves impactos en el orden económicos y social”. Se trata de argumentaciones circulares que se repiten una y otra vez.

Más adelante se presenta el “juicio de motivación suficiente”, en el que se destaca que *“el Presidente de la República apreció, desde un punto de vista general y contextual, el fundamento de las medidas adoptadas y las justificó de forma suficiente”*; además de la evidente petición de principio, este nuevo acápite contiene, en esencia, las mismas reflexiones efectuadas en el marco del análisis formal del decreto.

Finalmente, los demás juicios subsiguientes, esto es, los de *“ausencia de arbitrariedad”, “intangibilidad”, “no contradicción específica”, “incompatibilidad”, “proporcionalidad” y “no discriminación”* contienen exactamente la misma narrativa: que las ayudas económicas extraordinarias para la población más vulnerable no suspenden ni vulneran el núcleo esencial de los derechos y libertades, que no interrumpen el funcionamiento de las ramas del poder público, que no desmejoran los derechos sociales de los trabajadores, y que, además materializan el principio de solidaridad: *“El juicio de ausencia de arbitrariedad. Las medidas no suspenden ni vulneran el núcleo esencial de derechos y libertades fundamentales y tampoco interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público (...) El juicio de intangibilidad. Las disposiciones legislativas no restringen ningún derecho fundamental, ya que como tuvo la oportunidad de explicarse en precedencia, el objeto de las mismas es brindar apoyos económicos a la población más vulnerable con el fin de atender y mitigar los impactos negativos de la pandemia (...) El juicio de no contradicción específica. Las normas del decreto bajo examen no se contradicen tratados internacionales ni tampoco contenidos constitucionales (...) Juicio de incompatibilidad. Se ha insistido en este fallo, que el objetivo principal del Decreto Legislativo 458 de 2020 es establecer una estrategia dirigida a enfrentar los efectos económicos negativos que el riesgo epidemiológico asociado al coronavirus COVID-19 ha ocasionado en los hogares más vulnerables (...) Juicio de necesidad. Las medidas legislativas son necesarias para superar las causas de la crisis que surge, precisamente, de la previsible afectación del mínimo vital de los hogares más vulnerables del país (...) El juicio de*

proporcionalidad. Las medidas adoptadas son adecuadas para cumplir la finalidad que se proponen y guardan proporción con la gravedad de los hechos (...) porque son medidas idóneas para mitigar los impactos económicos negativos que el riesgo epidemiológico asociado al coronavirus COVID-19 ha ocasionado en la población más vulnerable del país”.

Resulta entonces evidente que la Corte introduce un libreto inconexo que, en lugar de favorecer un análisis riguroso, estructurado y profundo de las medidas gubernamentales, impulsa un discurso monótono, circular y ligero, lejano y apartado de las expectativas del constituyente de impulsar un contrapeso sustantivo y efectivo a la concentración de poder en manos del Ejecutivo.

4.4. EL DISEÑO DE REGLAS DECISIONALES PRECISAS PARA GARANTIZAR LA CONSISTENCIA EN LOS FALLOS

“La jurisprudencia simbólica podría definirse provisionalmente [como] sentencias de apariencia fuertemente innovadora y progresista, de efecto fuertemente mediático que usan el lenguaje de los derechos con sus connotaciones morales más fuertes y que en verdad nada mejoran en ningún derecho relevante de ningún ciudadano en situación socialmente muy comprometida y que tampoco suponen en verdad gasto tangible para el Estado ni efecto ninguno en cuanto a redistribución de las rentas e igualdad de oportunidades”

@JuanAGAmado en Twitter, 12/julio/2020, 4:37 am

Por último, aunque la Corte ha depurado una narrativa relativamente sólida sobre los estándares del control de los estados de excepción que se replica en todas sus providencias, en ocasiones su utilización ha sido errática y poco consistente.

De hecho, ya desde muy temprano la doctrina alertó sobre la estructuración de una jurisprudencia de avanzada, pero aplicada con laxitud, y de manera diferenciada según el entorno político, económico y social.

Así aconteció, por ejemplo, con la entonces novedosa tesis sobre el control de los decretos que declaran estados de excepción, que según algunos autores se asentó pacíficamente gracias a que, probablemente, *“la Corte afirmó teóricamente la tesis en forma*

vigorosa, pero no lo aplicó de manera estricta, de suerte que las primeras declaraciones de estados de excepción fueron avaladas"⁷³.

En efecto, una vez declarado el primer estado de conmoción interior en 1992, el tribunal introdujo unos estándares severos, al determinar que las declaratorias eran susceptibles de revisión judicial, que se debía acreditar la existencia de los hechos invocados como fundamento de la declaratoria, que el margen de apreciación sobre su gravedad era restringido, y que, en cualquier caso, sólo se podía apelar al estado de excepción si se demuestra que los instrumentos ordinarios son insuficientes para superar la crisis. Sin embargo, *"en la Sentencia C-004 de 1992, "la Corte aplicó dicho estándar de forma benigna y declaró constitucional la declaratoria de emergencia social"*, pues no existían evidencias de la inminente huelga que se invocó como fundamento de la conmoción interior, y además, aunque en su momento se argumentó que no tenía los instrumentos para incrementar el salario de los empleadores que amenazaron con realizar la huelga, la adición presupuestal era un mecanismo a disposición del gobierno para enfrentar la problemática advertida.

Este manejo "errático" de los estándares constitucionales ha sido una constante en la vida de la Corte. De hecho, la doctrina ha considerado que, incluso, existe una suerte de patrón general en las prácticas institucionales del tribunal, al *"invocar teóricamente un control material riguroso (...) pero no aplicar[lo] a los casos estudiados (...) El nuevo control 'material' es esencialmente retórico"*.

Estas asimetrías entre la faceta discursiva y la faceta decisional del control judicial se ha visto replicada en las emergencias del año 2020.

Según se explicó, existía una sólida jurisprudencia sobre la reserva material de ley frente a las restricciones generales a los derechos fundamentales y sobre la competencia del tribunal para revisar la validez de los decretos materialmente legislativos, aspectos sobre los cuales el tribunal no se pronunció cuando se

⁷³ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. "¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción", *Documentos de Discusión de DJS*, Bogotá, 2005, (1), p. 13, en <https://www.dejusticia.org/publication/el-control-judicial-de-los-estados-de-excepcion/>, consulta del 25 de marzo de 2021.

solicitó su intervención para evaluar la constitucionalidad de los decretos que establecieron las cuarentenas y los demás esquemas de aislamiento. Se trata, claramente, de un silencio que se opone a los precedentes establecidos por la propia Corte.

Las sentencias C-145 de 2020⁷⁴ y C-307 de 2020⁷⁵, que declararon la exequibilidad de los decretos de emergencia económica y social, replicaron la narrativa sobre los estándares del escrutinio judicial, enfatizando en que se trataba de un control “*riguroso*”. Más adelante, sin embargo, se subraya la necesidad de tener en cuenta las particularidades y las proporciones de la crisis generada por la propagación del SARS-COV-2, y se anuncia que “*habrá de ser un juicio atenuado, en todo caso distinto, que de una manera más adecuada, oportuna y eficaz valore las circunstancias reales que propiciaron la declaratoria de esta emergencia*”. Hecha esta premonitoria advertencia, la Corte procede al examen judicial, concluyendo, como era de esperarse, que la decisión del Presidente de la República de declarar al estado de emergencia se ajustaba a la Carta Política en ambos casos.

Independientemente de la solidez y pertinencia de estos fallos, surgen algunas dudas en relación con los patrones decisionales ya establecidos por el tribunal. Entre otras cosas, la corporación ha debido abordar expresa y deliberadamente varios interrogantes que convenientemente fueron omitidos, de cara a sus propios precedentes: ¿Cómo entender el carácter intempestivo, imprevisible y no estructural de la coyuntura crítica cuando la crisis económica y social estaba mediada no sólo por la aparición de una pandemia, sino por las propias decisiones del Ejecutivo de imponer restricciones severas a la actividad económica?⁷⁶ ¿Cómo entender la exigencia sobre el carácter sobreviniente de hechos constitutivos de la emergencia, cuando el gobierno alega variaciones negativas en el mercado internacional que no sólo fueron sobredimensionadas, sino que además ocurren con frecuencia y son previsible según el

⁷⁴ M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁷⁵ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷⁶ Con respecto a la declaratoria del estado de emergencia por las afectaciones en el sistema de salud contenida en el Decreto 4975 de 2009, en la sentencia C-252 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) la Corte concluyó que los hechos invocados por el gobierno, aunque reales, no eran sobrevinientes ni extraordinarios, entre otras cosas porque, en parte, habían sido provocadas por la propia actuación estatal, porque se inscribían en problemáticas estructurales.

entendimiento del propio tribunal?⁷⁷ ¿Cómo entender la exigencia sobre la insuficiencia de los mecanismos ordinarios para enfrentar la crisis, en un escenario en el que el Ejecutivo tiene a disposición las herramientas diseñadas en el marco de la emergencia económica inmediatamente anterior para atender el mismo fenómeno?⁷⁸ ¿Cómo entender la exigencia de imprevisibilidad de la coyuntura crítica para la declaratoria de un segundo estado de excepción, cuando el gobierno se abstuvo de prorrogar el estado de excepción anterior, y cuando el fenómeno sanitario tuvo un comportamiento mucho menos grave del previsto originalmente?

Lo propio se predica de la revisión de las líneas de acción establecidas en el marco de la emergencia. Con base en el requisito de especificidad, el tribunal ha declarado la inexequibilidad de distintas medidas gubernamentales que, si bien apuntaban a hacer frente a la crisis constitutiva del estado de excepción, atendían a una problemática más amplia⁷⁹. En la actual emergencia, no obstante, este interrogante no fue abordado expresamente de cara a medidas que, según se ha reconocido, apuntan a solucionar coyunturas de mayor envergadura. El Programa Ingreso Solidario, por ejemplo, hizo frente a las debilidades en la focalización de los programas Familias en Acción, Jóvenes en Acción y Colombia Mayor, permitiendo hacer transferencias monetarias a quienes

⁷⁷ En la Sentencia C-122 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte declaró la inexequibilidad del decreto que declaró la emergencia económica por los cambios imprevistos y pronunciados que se suscitaron en el año 1997 en la situación cambiaria y monetaria, sobre la base, entre otras cosas, de que estas fluctuaciones obedecen a problemas de tipo endémico y a variaciones propias del mercado.

⁷⁸ En la Sentencia C-216 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) se concluyó el que el decreto que declaró un segundo estado de emergencia por la ola invernal de los años 2010 y 2011 era inconstitucional, entre otras cosas, porque no se acreditó la insuficiencia de los instrumentos creados en el marco del estado de excepción anterior, declarado para hacer frente al mismo fenómeno climático.

⁷⁹ Este es el caso de las sentencias C-224 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), 225 (M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez) y 226 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), que declararon la inconstitucionalidad de las normas que, en el marco de la emergencia decretada por la proliferación de la actividad de captación ilegal de dinero del público, tipificó y readecuó los delitos de captación masiva y habitual de dinero, omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo, y usura, sobre la base de que el ajuste normativo atenía a fenómenos criminales más amplios que los que dieron lugar al estado de excepción, en contravía del requisito de especificidad.

estando en situación de vulnerabilidad económica, no recibían esta ayuda estatal directa; se trataba, por tanto, de una problemática que trasciende la emergencia económica desatada por el SARS-COV-2. Aún más, el Presidente ha anunciado la extensión indefinida de este programa, independientemente del comportamiento del fenómeno sanitario y de las medidas de aislamiento que profundizaron las afectaciones económicas en los grupos sociales más vulnerables.

Todo lo anterior pone en evidencia la fragilidad y la maleabilidad de unos precedentes y de unas reglas jurisprudenciales del tribunal que, según puede advertirse, han sido interpretadas y aplicadas a conveniencia según las condiciones del entorno político, económico y social. Surge entonces la necesidad de diseñar un aparataje conceptual sólido y preciso que obligue a los operadores de justicia a adoptar unos patrones decisionales consistentes.

5. CONCLUSIONES

Una revisión global y en perspectiva de la gestión de la Corte Constitucional pone de presente su papel central en la vida de los colombianos. Su intervención en las dinámicas políticas, económicas y sociales ha marcado un punto de inflexión en la defensa y protección de la Carta Política y de los derechos fundamentales, y, en general, en el funcionamiento del Estado, la sociedad y la familia. Este notable papel se ha proyectado en el control de los estados de excepción, contribuyendo de manera decisiva en la racionalización de potestades ejercidas por el Ejecutivo en estos especiales y críticos contextos de anormalidad.

Empero, mantener este rol protagónico en la organización política, económica y social exigía un esfuerzo reflexivo, intelectual y operativo permanente, tanto para adaptar y adecuar las prácticas y los modelos de análisis que en su momento estuvieron a la vanguardia del sistema judicial, a una realidad cambiante y cada vez más compleja, como para asumir una postura crítica hacia sí misma.

No obstante ello, luego de haberse ganado “a pulso” este lugar en la vida política, económica y social de los colombianos, de manera inadvertida el tribunal comenzó a adoptar una serie de dinámicas inerciales. Así, comenzaron a mecanizarse y a replicarse de manera irreflexiva esquemas de trabajo y categorías de análisis

tradicionales que pueden ser sub-óptimas en algunos contextos. Además, a la par que el tribunal mantuvo su rol como juez severo de las demás instituciones públicas y privadas, de la historia, del lenguaje, de las costumbres, de las religiones, de las ideologías, del pensamiento y de los demás jueces, deliberadamente ha omitido someterse a este examen crítico, o lo ha hecho con complacencia y con condescendencia.

En un entorno de alta complejidad y ante crisis de gran envergadura como la suscitada por la propagación del SARS-COV-2, afloraron las debilidades de un modelo de trabajo judicial que fue fructífero en muchos contextos, pero hoy que hoy resulta insuficiente de cara a los grandes retos que enfrenta el país y la humanidad en general en materia ambiental, sanitaria, social y económica. Desde esta perspectiva, la profunda crisis desatada por la pandemia, constituye también una oportunidad de crecimiento institucional que supone un proceso de auto reflexión crítica, en un país con crecientes demandas de justicia.

6. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

SCHMITT, Carl. *Ensayos sobre la Dictadura: 1916-1932*, Tercer Milenio, Madrid: Tecnos, 2013.

Artículos de revista

BARRETO ROZO, Antonio, "Normalidad y excepcionalidad: la indescifrable regularidad contemporánea de la excepcionalidad", *Poder Ejecutivo*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.

CAMPDERRICH BRAVO, Ramón. "Soberanía, 'Estado dual' y excepcionalidad: de Carl Schmitt a los Estados Unidos del Siglo XXI", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 2007, 15 (10).

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. "Los estados de excepción en Colombia", *Ius et praxis*, Talca, 2002, 8 (1), pp. 117-146.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", *Boletín mexicano de derecho comparado*, México D.F., 2004, 37 (111), pp. 801-860

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. "Constitutionalismo perverso: normalidad y anormalidad constitucional (1957-1997). En DE SOUSSA, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, 2001.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción”, *Documentos de Discusión de DJS*, Bogotá, 2005.

REALES, Clara Elena. “El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción”. En: CEPEDA, Manuel José; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y ALEXEI, Julio. *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*, Bogotá, 2007.

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. “El control judicial de los estados de excepción constitucional: la supremacía del Presidente de la República”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, 2018.

TOBÓN TOBÓN, Mary Luz y MENDIETA GONZÁLEZ, David. “Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano”, *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, 2017.

VANEGAS GIL, Pedro Pablo. “La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, 2011.

Artículos de prensa

CORTÉS, Carlos. “La Corte Constitucional, a paso de tortuga”. En: *La Silla Vacía, Justicia*, Bogotá, 28 de junio de 2010.

JIMÉNEZ OSPINA, Alejandro. “Las sentencias cojean, pero llegan...tarde”. En: *Dejusticia*, 24 de julio de 2020.

OSPINA RENDÓN, Juan. “Autoritarismo a cuentagotas (análisis)”. En: *El Espectador, Noticias-Judicial*, Bogotá, 8 de enero de 2021.

OSPINA RENDÓN, Juan. “La salud del Estado de Derecho y el Covid-19”. En: *El Espectador, Opinión*, Bogotá, 14 de abril de 2020.

DECRETOS

Año 1992

Colombia, Gobierno Nacional, Decretos 333, 680, 1155, 1793 de 1992

Año 1994

Colombia, Gobierno Nacional, Decretos 874 y 1178 de 1994

Año 1995

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 137, 1370, 1990 de 1995

Año 1996

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 777 de 1996

Año 1997

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 080 de 1997

Año 1998

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 2330 de 1998

Año 1999

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 195 de 1999

Año 2002

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 1837 de 2002

Año 2003

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 195 de 2003

Año 2008

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 3929, 3930, 3990, 4333, 4704, 4708 de 2008

Año 2009

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 4975, 4976 de 2009

Año 2010

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 073, 074, 075, 126, 127, 128, 129, 132, 133, 134, 135, 288, 332, 1693, 4580 de 2010

Año 2011

Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 020 de 2011

Año 2015

Colombia, Gobierno Nacional, Decretos 1770 de 2015

Año 2017

Colombia, Gobierno Nacional, Decretos 466, 601, 687, 731, 733, 734, 735 de 2017

Año 2020

Colombia, Gobierno Nacional, Decretos 417, 430, 457, 517, 528, 531, 553, 558, 565, 593, 636, 749, 796, 770, 800, 801, 802, 806, 812, 815, 990, y 1076, 1168, 1297, 1408 y 1550 de 2020

RESOLUCIONES

Colombia, Ministerio de Salud, Resoluciones 385, 844, 1462 y 2230 de 2020

Colombia, Ministerio de Salud, Resolución 222 de 2021.

SENTENCIAS

Año 1992

Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-004 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), 447 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y 556 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) de 1992.

Año 1993

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-031 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Año 1994

Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-179 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-300 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y 366 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) de 1994

Año 1995

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-466 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Año 1996

Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-027 (M.P. Hernando Herrera Vergara) y C-328 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) de 1996.

Año 1997

Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-122 (M.P. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-222 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) de 1997

Año 1999

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-216 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) de 1999.

Año 2002

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-790 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-802 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y C-1024 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) de 2002.

Año 2003

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-327 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

Año 2004

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-825 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

Año 2005

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-593 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Año 2008

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo).

Año 2009

Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-070 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez), C-073 (M.P. Mauricio González Cuervo), 135 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-136 (M.P. Jaime Araujo Rentería), C-145 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), C-224 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), C-225 (M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez), C-226 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), C-257 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), C-283 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-284 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) de 2009.

Año 2010

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-252 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), 253 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), 254 (M.P. Mauricio González Cuervo), 255 (M.P. Mauricio González Cuervo), 288 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), 289 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), 290 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), 291 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), 292 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), 297 (M.P. María Victoria Calle), 298 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), 302 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), 332 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), 374 (M.P. María Victoria Calle Correa), 399 (M.P. María Victoria Calle Correa) y 843 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) de 2010.

Colombia, Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de mayo de 2010, C.P. C.P. William Zambrano Cetina, Rad. 11001-03-06-000-2010-00044-00 (1999).

Año 2011

Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-156 (M.P. Mauricio González Cuervo) y C-216 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) de 2011.

Año 2013

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-511 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

Año 2015

Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-044 (M.P. María Victoria Calle Corre) y C-670 (M.P. María Victoria Calle) de 2015

Año 2017

Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-223 (M.P. Alberto Rojas Ríos), C-386, 434 (M.P. Diana Fajardo Rivera), 437 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo), 465 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), 466 (M.P. Carlos Bernal Pulido), 468 (M.P. Alberto Rojas Ríos), 517 (M.P. Iván Escrucería Mayolo) y C-386 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) de 2017

Año 2020

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-145 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 150 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), 151 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), 156 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo), 162, 174, 175, 178 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo), C-202 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo), 256 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), 258 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo), C-293 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger), C-307 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) y C-409 (M.P. Luis Javier Moreno Ortiz) de 2020

Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen del 27 de septiembre de 2020 No. 7-20-EE/20, caso No. 7-20-EE del 27 de diciembre de 2020, Juez Ponente: Daniela Salazar Marín.

INFORMES OFICIALES

Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cuadro de indicadores de la justicia en la EU de 2020*, COM (2020) 306 final, Bruselas, 10/07/2020

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ACCIÓN DE TUTELA

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO*

LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, OBJETIVO CARDINAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

Aunque desde 1789 fue proclamada en Francia la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano –que hoy se conocen como los derechos de la primera generación–, la toma de conciencia por parte de constituyentes y legisladores acerca de la necesidad de llevar a normas positivas la indispensable reivindicación de la dignidad y los derechos de las personas tuvo lugar durante el siglo XX –particularmente en su segunda mitad–, con mucho mayor énfasis ante el horror generado por las dos guerras mundiales y por los conflictos posteriores. El mundo entendió que los sistemas jurídicos no podían permanecer estáticos ante las múltiples formas de vulneración de la libertad, la igualdad y los derechos esenciales de millones de personas en el mundo, tanto por ausencia de protección judicial como en los casos de conflicto armado interno o internacional, lo que condujo no solamente a la convocatoria de los gobiernos para asumir el desafío en el plano internacional, sino a la formulación de grandes principios en defensa y garantía de los derechos humanos. De manera progresiva, la comunidad internacional estructuró el sistema de protección a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

* Ex magistrado de la Corte Constitucional, catedrático universitario, Fundador y Director de la revista jurídica ELEMENTOS DE JUICIO y de la emisora especializada LA VOZ DEL DERECHO.

El Derecho tenía que ser replanteado. Había que superar los conceptos jurídicos puramente formales y entrar en la dura realidad, para lograr compromisos institucionales que hicieran valer con sentido de efectividad y en sustancia el respeto que merece todo ser humano. El orden jurídico no podía quedarse únicamente en la regulación de las relaciones civiles o comerciales de carácter privado, ni en la mecánica distribución de funciones en lo público. Había que modificar profundamente el sentido de los tratados, las constituciones y las leyes, y entrar a fondo en la consagración de reglas mínimas contra el ejercicio abusivo del poder y de la fuerza, la discriminación, la intolerancia, el desconocimiento de las libertades públicas, las muchas formas de tortura y crueldad en regímenes dictatoriales y también en sociedades supuestamente civilizadas y democráticas. Había que contemplar valores, principios, límites y formas adecuadas de administración de justicia.

Al comenzar la década de los noventa, en medio de la violencia generada por movimientos alzados en armas, el narcotráfico y el terrorismo, el proceso jurídico-político que culminó con la elección popular de los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente nos condujo a una trascendental renovación de conceptos que se vio reflejada en las instituciones. Colombia debía ingresar de manera decidida en una concepción jurídica menos teórica y más práctica de las reglas superiores de la organización estatal, orientada en esta materia a la eficacia de los derechos y las garantías. Aunque había ratificado y aprobado varios convenios y tratados en la materia, lo cierto es que sus cláusulas se veían lejanas cuando se trataba de resolver situaciones específicas, en virtud de una antigua tendencia administrativa y judicial que hacía prevalecer lo formal sobre lo sustancial.

La Constitución de 1991, que cumple treinta años, tiene entre sus objetivos primordiales la materialización de los derechos esenciales de las personas –más allá de la usual retórica de los gobiernos– y la efectividad de las normas, garantías y mecanismos previstos con miras a su protección. De su preceptiva resulta que las reglas superiores alusivas a esos derechos no son meras declaraciones teóricas sino propósitos institucionales de primer orden y perentorios mandatos a las autoridades públicas, que están obligadas a su auténtica y verdadera realización.

La concepción constitucional al respecto es universal, según resulta del preámbulo y de los artículos 1, 2, 5 y 13, entre otros, de la misma Carta Política: alude a todos los seres humanos que habitan el territorio nacional, sin discriminación alguna.

Como lo decíamos en reciente intervención pública sobre el aniversario que celebramos, si bien no todo es novedoso en la Constitución, pues en su texto se consignan principios, prescripciones y reglas que encuentran sus raíces en las primeras constituciones y en los ideales políticos de la democracia liberal y en las bases mismas del Estado de Derecho, es lo cierto que la Carta del 91 introdujo muchos conceptos que actualizaron el orden jurídico colombiano; valores de innegable trascendencia, y ante todo principios superiores que propenden a la realización de la justicia material en bien de la colectividad entera, y que deberían conducir a nuestra sociedad hacia los más altos objetivos, muchos de ellos todavía, infortunadamente, inalcanzados.

La Constitución, tras proclamar como sus fundamentos (los cimientos del sistema) el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, señaló unos fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Veamos:

-El preámbulo de la Constitución –que según criterio sentado por la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992, goza de poder vinculante y marca el rumbo de las instituciones jurídicas– declara que ella ha sido puesta en vigencia, entre otras finalidades con la de asegurar a los habitantes “la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo...”.

Se enuncian allí varios derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, que luego desarrolla el articulado de la Constitución y que deben ser garantizados por el Estado mediante un sistema jurídico que realice un orden justo.

Ello, por cuanto, como expresó la Corte Constitucional en la aludida Sentencia, “el Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaure y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”¹.

Expresiones como “asegurar” y “garantizar” no pueden pasar inadvertidas. Fueron incluidas por el Constituyente para resaltar que esos objetivos –en los que se funda y para los que se establece el orden jurídico– han de tener realización en la práctica. No deben ser meros deseos, ni vanas declaraciones. Asegurar, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, tiene, entre otras acepciones, las de “dejar firme y seguro”, “establecer sólidamente”, “afirmar la certeza de lo que se refiere”, “preservar o resguardar de daño a alguien o algo; defenderlo”, “poner a cubierto”. Garantía significa, según la misma obra, “efecto de afianzar lo estipulado”, “seguridad y certeza que se tiene sobre algo”, “derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos”. Así, pues, no estamos ante palabras vanas, promesas o ilusiones, sino ante principios, que dan sentido a las normas contempladas en la Constitución.

-En cuanto al artículo 1 de la Constitución, señala cuatro fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho: el respeto

¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992.

a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas que componen la sociedad y la prevalencia del interés general.

Los derechos fundamentales se tienen, con independencia de si están o no expresamente plasmados en normas, porque están ligados a la persona y son propios de esa dignidad en que se funda el sistema. Son inherentes a ella, como resulta del artículo 94 de la Constitución cuando declara que la enunciación de unos derechos y garantías en preceptos específicos “no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. Es lo mismo que contempla la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos: “El hecho de que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que retiene el pueblo”.

No podemos perder de vista esa relación entre el reconocimiento y consideración institucional sobre la dignidad de la persona humana –que implica entender al ser humano como un fin en sí mismo, no como un medio para alcanzar otros fines– y el compromiso estatal de respetar y hacer respetar sus derechos, porque allí reside uno de los soportes primordiales del ordenamiento jurídico, que, por tanto, orienta la interpretación sustancial de los derechos, su alcance y contenidos.

Así lo entendió la Corte Constitucional cuando, al pronunciarse acerca de la prohibición de la tortura y de cualquier trato cruel, inhumano o degradante –en sí mismo ofensivo de la dignidad humana– destacó:

“La dignidad humana, según se desprende del artículo 1 Superior, es el fundamento del ordenamiento jurídico, es decir que este concepto es un pilar determinante en el Estado Social de Derecho y en la democracia constitucional, y por tanto de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales en general, y constituye una norma vinculante para toda autoridad.

La consagración constitucional del principio de la dignidad humana, indica que debe existir un trato especial hacia el individuo, ya que la persona es un fin para el Estado y por tanto para todos los poderes públicos especialmente para los jueces, pues este principio debe ser el parámetro interpretativo de todas

las normas del ordenamiento jurídico, este principio impone una carga de acción positiva de cara a los demás derechos.

Esta consagración se basa en la teoría *iusfilosófica* de origen kantiano según la cual toda persona tiene un valor inherente a su propia condición humana que es su dignidad, la cual la hace ser no un medio, un instrumento para la consecución de diversos fines, sino un fin en sí mismo. Así, Kant afirma que un ser humano y generalmente todo ser racional existe como un fin en sí mismo. De esta máxima se deriva la primera formulación del Imperativo Categórico, esto es, la Fórmula de Humanidad que ordena que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona o en la persona de cualquier otro siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solo como un medio. De esta manera, la persona contiene en sí misma un valor moral que no tiene ninguna equivalencia posible en el mundo material, y que se deriva de su condición de sujeto moral, libre y autónomo". (Sentencia C-143 del 6 de abril de 2015).

La Constitución colombiana, al reconocer en toda su dimensión la dignidad de la persona humana –proveniente de la unión sustancial entre los elementos materiales, espirituales e intelectuales que identifican su esencia–, excluye toda forma de opresión o instrumentalización.

Ese reconocimiento es claro también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, cuando en su artículo 1º expresa que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 declara en su preámbulo que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables", en cuanto se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), de la Organización de los Estados Americanos, OEA, estipula en su artículo 11 que "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

-En cuanto al papel del Estado y de las autoridades en su condición de garantes, resultan de la mayor importancia los artículos 2, 5 y 13 de la Constitución, puesto que su función y lo que justifica su existencia no corresponde a la tarea del vigilante pasivo que actúa solamente cuando es llamado, sino al papel activo de quien tiene a cargo la responsabilidad fundamental de salvaguardar, defender, promover y asegurar la efectividad de los derechos y libertades que la Constitución garantiza a todos los habitantes del territorio. Ello implica, en el Estado Social de Derecho, no una simple presencia policiva sino una actividad integral desplegada en todos los órdenes –social, económico, laboral, ecológico, educativo, de salud y protección, entre otros–, para configurar y construir el conjunto de elementos materiales necesarios para realizar los valores fundantes de la organización, con miras a preservar la dignidad humana y a satisfacer las necesidades y expectativas de la colectividad y el ejercicio de los derechos de las personas y familias.

La Corte Constitucional, por otra parte, ha resaltado la relación entre ese dogma constitucional, la estructura orgánica del poder estatal y la función de las autoridades. “La Constitución –dice la Corte– está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”².

En el artículo 2 de la Constitución colombiana encontramos tres disposiciones fundamentales que deben ser tenidas en consideración cuando aludimos a los derechos. Ellas trazan las directrices de la acción estatal respecto a la realización de los valores que, según lo dicho, buscó cristalizar el Constituyente: los

² Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992.

finés esenciales del Estado, la función de las autoridades y el papel de los particulares.

En cuanto a lo primero, el precepto superior incluye, entre las finalidades del Estado, la de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

En lo que respecta a las autoridades, establece la norma: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Ese mismo texto nos permite subrayar la tercera disposición allí explícita: tanto el Estado como los particulares tienen deberes sociales, que el Estado tiene la obligación de garantizar. Lo que debe entenderse en relación con el artículo 95 de la Constitución, a cuyo tenor el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades y el primer deber de toda persona consiste en respetar los derechos ajenos y en no abusar de los propios.

Cualquier estudio jurídico en materia de derechos debe partir del postulado según el cual ellos –inclusive los fundamentales– no son absolutos. Aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los tribunales constitucionales, en Colombia y en otros países, han sostenido que, con el objeto de definir hasta dónde llega un derecho en un caso concreto, es necesario adoptar un criterio justo y equitativo, proceder a una valoración de las circunstancias y buscar un equilibrio, considerando la existencia y posible afectación de otros derechos y del interés general.

Un estatuto constitucional como el nuestro consagra de modo expreso los derechos fundamentales, que son los inherentes a la naturaleza de la persona humana y a su dignidad, y los proclama como inalienables (artículo 5). Ello significa que no pueden ser negados, excluidos, desconocidos, suprimidos o enajenados, desprotegidos, ni sometidos a discriminación. Pero tenerlos como absolutos conduciría a colisiones y enfrentamientos de tal magnitud que muchos serían sacrificados. Al final, en un total contrasentido, primaría la ley del más fuerte, en vez del Derecho y la razón. Que cada individuo pudiera llevar su propio derecho

hasta donde quisiera, sin límite alguno, sin ninguna ponderación, inclusive abusando de aquél y atropellando los derechos de los demás o quebrantando el orden jurídico no generaría en el seno de la sociedad nada diferente al caos. Por paradoja, los derechos fundamentales dejarían de ser inalienables porque unos serían vulnerados por causa del ejercicio abusivo de otros. El sistema de protección de los derechos de todos no podría operar.

El reconocimiento y el ejercicio de los derechos encuentran límites –algunos de ellos en los propios textos constitucionales, otros a partir de una visión sistemática del ordenamiento y de una concepción que permita la razonable y proporcionada convivencia entre los derechos–, de manera que un criterio equilibrado, justo y razonable sobre el alcance de los derechos considera inadmisibles que, de facto, la sola invocación del propio derecho y el ejercicio absoluto e ilimitado del mismo por parte de una persona comporte la perturbación o el daño a los derechos de los demás o el comportamiento antisocial fundado en el abuso. Un principio de razonable uso de los derechos enseña que no son ilimitados y que, en una sociedad civilizada y regida por el Derecho en sentido objetivo, han articularse dentro de un orden equilibrado que haga posible y viable el ejercicio de todos ellos.

Por eso, según el artículo 95 de nuestra Constitución, el ejercicio de los derechos y libertades en ella reconocidos implica responsabilidades; destaca que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, y estipula que su primer deber consiste en “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Por definición, el abuso del derecho o de la libertad no hace parte del derecho, ni de la libertad. Está por fuera de ellos. No está protegido por la Constitución, ni por la ley, ni por los tratados internacionales. En sí mismo, el abuso invade los derechos de otros, afecta el orden jurídico, cercena las libertades y amenaza el bien colectivo.

A todo lo anterior debemos agregar la integración de las normas jurídicas internas con las internacionales para completar el bloque de constitucionalidad que es parámetro del control de constitucionalidad y criterio de interpretación de las normas, con el objeto específico de proteger integralmente los derechos humanos.

Según el artículo 93 de la Constitución, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia (no por el Congreso, como quedó en el texto, pues quien ratifica los tratados es el presidente de la República, en su condición de Jefe de Estado), que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. También estipula que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con dichos instrumentos internacionales.

Hay que anotar, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que no todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad. La Corte ha advertido que, salvo remisión expresa de normas superiores, solamente lo integran aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y, que prohíben su limitación en estados de excepción. De modo que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del Derecho Internacional Humanitario (DIH), tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y los tratados y convenios acordados para la efectividad de los Derechos Humanos, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

La acción de tutela y el papel de los jueces en la preservación de los derechos fundamentales

Una de las instituciones más significativas introducidas por la Constitución Política de 1991 es la acción de tutela, concebida precisamente para garantizar por la vía judicial la efectividad y el respeto a los derechos fundamentales.

Tutelar significa amparar, proteger, restituir, restablecer, reivindicar. La Asamblea Nacional Constituyente usó el término para designar una acción judicial que tiene el mismo objeto que el conocido derecho de amparo plasmado en la Constitución mexicana y en otros ordenamientos jurídicos.

Dispuso el artículo 103 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en 1917:

“Artículo 103.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal”.

Este artículo constitucional ha sido modificado en dos ocasiones: 1) En 1974, ampliando el amparo a las controversias generadas por leyes o actos de autoridades federales que invadieran la esfera de competencia del entonces Distrito Federal, o por actos de dicho Distrito que invadieran la órbita propia de la autoridad federal; 2) En 2011, para ampliar el objeto del juicio de amparo a los derechos humanos reconocidos en Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, y para incluir las violaciones de derechos por omisión de la autoridad.

Las bases de la Ley Reglamentaria del Amparo fueron señaladas en extensa norma contenida en el artículo 107 de la Carta. Allí se destaca que el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, y que el acto objeto de reclamo viole los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Pues bien, la Asamblea Nacional Constituyente, teniendo en cuenta que hasta entonces no existía en Colombia un tipo procesal similar de nivel superior que estuviese orientado de manera específica y subsidiaria o complementaria a la protección de los derechos fundamentales –ya que todo reclamo ante los jueces con esa finalidad debía encajar en una cierta figura procesal– decidió incorporar a la Carta Política de 1991, con un carácter preferente, una forma de protección judicial similar a la mexicana, aunque cambió la denominación de “amparo” por la de “tutela”.

Se plasmó así el artículo 86 de la Constitución, desarrollado después en el Decreto ley 2591 de 1991.

Dispuso el artículo 86 constitucional:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

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

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

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

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

Desde su primera sentencia (la T-01 del 3 de abril de 1992), la Corte Constitucional señaló el objeto de la acción de tutela en los siguientes términos:

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

inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable. Se trata, entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2o. Const. Pol.).

Tiene, pues, esta institución, como dos de sus caracteres distintivos esenciales (los de mayor relevancia para efectos de considerar el tema que ahora se dilucida) los de la subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (artículo 86, inc. 3, Constitución Política); el segundo, puesto que no se trata de un proceso ordinario sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza”³.

Hoy, sobre la base de la jurisprudencia constitucional sentada durante estas tres décadas, cabe formular las siguientes características de la acción de tutela:

-Su propósito esencial radica en la defensa, protección y efectividad de los derechos fundamentales.

-Por su misma naturaleza es informal. Procedimiento preferente y sumario, según dispone la propia Constitución. Por tanto, la demanda de tutela no tiene que ser formulada por escrito. Una persona que no sabe leer ni escribir puede acudir al juez por vía verbal, y el juzgado o corporación debe elaborar el acta correspondiente y darle trámite.

³ Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-01 del 3 de abril de 1992.

El titular de la acción de tutela es toda persona que considere vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales. No solamente las personas naturales. Una persona jurídica –por supuesto, teniendo en cuenta sus características– puede ver vulnerados o amenazados derechos fundamentales suyos, como la igualdad o el debido proceso.

El afectado o amenazado puede actuar de manera directa, sin necesidad de abogado, aunque, si actúa por conducto de abogado, éste debe estar habilitado para el ejercicio profesional según las reglas generales. No necesita ser mayor de edad, y si se trata de un menor, no necesita estar representado por sus padres, tutores o curadores, pues se trata de que obtenga protección judicial, inclusive si el menor es afectado por acción u omisión de sus padres o acudientes. Por ejemplo, en los casos de violencia intrafamiliar.

-El motivo por el cual se instaura la tutela puede consistir en una acción o en una omisión de una autoridad pública, si bien cabe contra particulares cuando tengan a su cargo la prestación de un servicio público, cuando hayan asumido una conducta que afecte grave y directamente el interés colectivo; o cuando respecto a ellos el solicitante de la protección judicial se encuentre en circunstancias de subordinación o indefensión.

-La acción de tutela es un mecanismo subsidiario, por cuanto no es procedente si existe, en el sistema judicial ordinario, un mecanismo adecuado y útil para la salvaguarda de los derechos fundamentales invocados, a menos que se utilice como mecanismo transitorio con la finalidad inmediata de evitar un perjuicio irremediable.

Debemos recordar que el concepto de perjuicio irremediable estaba previsto en el inciso 2 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 como aquel que únicamente podía ser resarcido mediante una indemnización, pero esa norma, por ser altamente restrictiva e impedir que con amplitud fueran protegidos los derechos básicos, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C-531-93 del 11 de noviembre de 1993.

Debemos observar que es el juez el llamado a establecer, siguiendo un criterio razonable y proporcionado, si en el caso se configura o no el perjuicio irremediable. Por eso, no se ajusta al concepto la exigencia de algunos jueces en el sentido de exigir una

prueba plena y documentada del perjuicio irremediable, lo que lleva con frecuencia a que –habiendo sido negada la protección judicial por falta de esa prueba–, el perjuicio irremediable se configura en la realidad y los derechos en juego quedan absolutamente violados y desprotegidos.

-La delicada función de salvaguardar los derechos fundamentales ha sido confiada a los jueces –todos los jueces de la República, incluidas las altas corporaciones en las distintas jurisdicciones–, que, en cuanto se trata de aplicar normas de la Constitución, cuando resuelven sobre acciones de tutela, son jueces constitucionales. Integran al efecto la jurisdicción constitucional, lo que explica por qué la Corte Constitucional, al revisar eventualmente sus fallos, puede confirmarlos, modificarlos o revocarlos, inclusive si los ha proferido la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado.

-El carácter fundamental de un derecho no depende de la ubicación formal de la norma constitucional que lo consagra sino en el contenido y materia de la misma. Con ello, desde sus primeras decisiones, adoptadas en 1992, la Corte Constitucional salió al paso de sentencias de otros tribunales que habían limitado el concepto a los derechos contemplados en el Título II, Capítulo I, de la Constitución (artículos 11 a 41), cuando en realidad, muchos otros preceptos de la Carta consagran derechos fundamentales o los desarrollan o complementan. Por ejemplo, el derecho a la educación, los derechos fundamentales de los niños, la salud, las normas de contenido social y económico que buscan realizar el principio de la igualdad real y efectiva.

Al respecto, la Corte sostuvo en la Sentencia T-02 de 1992:

“Fuerza concluir que el hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título “de los derechos fundamentales” y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el Constituyente de 1991”.

Y sobre el papel del juez y acerca del concepto jurídico indeterminado, dijo la Sentencia:

“El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una “especial labor de búsqueda”, científica y razonada por parte del juez.

El juez está frente a lo que la doctrina denomina un “concepto jurídico indeterminado”: los derechos constitucionales fundamentales, que pueden ser o no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera o de otra, pero siempre su sentido se define bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

(...)

Esta indeterminación, sin embargo, no le permite al juez actuar total y absolutamente libre. La interpretación del caso particular se mueve dentro de parámetros establecidos por la propia Constitución.

El juez debe buscar (...) la naturaleza del derecho fundamental que permita su tutela. Es entonces en la naturaleza, en el estudio de su esencia, en donde el juez descubre si está frente a un derecho fundamental.

La labor que realiza el juez de tutela es de verificación; él no crea el derecho fundamental, lo desentraña y verifica.

De conformidad con los criterios expuestos se concluye que cobra gran importancia la labor de interpretación del Juez, al asumir un serio compromiso impuesto por la filosofía que orienta la nueva Constitución, pues solamente mediante el análisis crítico y razonable se pueden encontrar los parámetros justos en la comparación entre los hechos expuestos y la norma constitucional⁴.

-El hecho de que se encomiende la función a los jueces de la República no solamente significa que el Constituyente confió en ellos sino que a ellos corresponde la tarea y el compromiso de buscar la realización cierta y eficaz de los derechos. Por tal motivo, consideramos que no cumplen adecuadamente esa función cuando se abstienen de verificar la realidad del caso; cuando son excesivamente formalistas en la exigencia de requisitos y pruebas

⁴ Corte Constitucional. Sala segunda de revisión. Sentencia T-02 de 1992.

inaplicables en materia de tutela, dado su carácter informal y habida cuenta del ya resaltado principio de inmediatez. Aunque son muchos los jueces y tribunales que ejercen la actividad judicial de manera diligente y teniendo en cuenta la prevalencia del derecho sustancial, casos se presentan en que no se estudia la situación del peticionario y se prefiere descartar de plano la tutela, sin mayor análisis, para descongestionar el despacho. Ello implica denegación de justicia constitucional.

Obviamente, por contrapartida, debemos recordar que el juez de tutela no está llamado a invadir la órbita de otros jueces o tribunales, y la acción de tutela no sustituye los procedimientos ordinarios. Por tanto, es excepcional, como lo subrayó la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 de 1992. Y no cabe el amparo contra providencias a menos que se establezca con certeza que en el caso concreto ha sido proferida una decisión que encaja en una abierta actuación de hecho, es decir, en alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, según lo ha definido la Corte Constitucional: defecto orgánico, cuando el funcionario judicial carece, absolutamente, de competencia. b. Defecto procedimental absoluto, si el juez actuó totalmente por fuera o en violación flagrante del procedimiento establecido en la ley. c. Defecto fáctico, es decir, que el juez resolvió sin el necesario apoyo probatorio para sustentar su decisión. d. Defecto material o sustantivo, si el juez ha resuelto fundando su providencia en disposiciones inexistentes o inconstitucionales o que contrarían de modo arbitrario los fundamentos jurídicos en que se funda la decisión. f. Error inducido, que ocurre cuando el fallador fue víctima de un engaño por parte de terceros, que lo condujo a la toma de una decisión materialmente violatoria de los derechos fundamentales. g. Decisión carente de motivación, es decir, arbitraria y de facto. h. Desconocimiento del precedente sentado por la Corte Constitucional y, como consecuencia, se lesionan o limitan derechos fundamentales. i. Violación directa de la Constitución. Es claro que estos eventos deben ser plenamente establecidos por el juez de tutela. No se trata de convertir la tutela en instancia adicional no prevista en el ordenamiento, ni de someter toda providencia judicial al proceso extraordinario del que se trata, toda vez que ello significaría no solamente contrariar el artículo 86 de la Carta Política sino desconocer el principio de la cosa juzgada

constitucional, ya que la Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, proferida por la Corte Constitucional, declaró inexecutable las disposiciones del Decreto 2591 de 1991, que generalizaban la acción de tutela contra providencias judiciales, aun cuando se tuviera al alcance otros medios de defensa judicial, rompiendo el sentido subsidiario de la misma.

La Corte sostuvo desde sus primeras sentencias:

“La jurisprudencia, desarrollando el concepto de la vía de hecho, ha destacado que únicamente se configura sobre la base de una ostensible transgresión del ordenamiento jurídico, lo cual repercute en que, distorsionado el sentido del proceso, las garantías constitucionales de quienes son afectados por la determinación judicial –que entonces pierde la intangibilidad que le es propia– encuentren en el amparo la única fórmula orientada a realizar, en su caso, el concepto material de la justicia. Por supuesto, tal posibilidad de tutela no es regla general sino excepción, y los jueces ante quienes se solicita están obligados a examinar de manera rigurosa el caso para no desvirtuar los principios de autonomía funcional de la jurisdicción y de la cosa juzgada”⁵.

-En cuanto concierne a las decisiones judiciales de tutela, está prevista la doble instancia y, para unificar la jurisprudencia y sentar doctrina en materia de derechos fundamentales y su protección, se ha contemplado la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional (que no es una instancia adicional y que solamente se tiene a partir de la discrecional selección, por parte de la Corte, de las providencias ya dictadas).

Como lo expresa el artículo 86 de la Constitución, la sentencia que concede la tutela imparte una orden de inmediato cumplimiento para que aquél contra quien se ha formulado la demanda actúe o se abstenga de hacerlo, según si el motivo de la violación o amenaza ha consistido en una omisión o en una acción.

La decisión contraria al demandante en tutela puede asumir una de dos formas: la declaración de improcedibilidad o la negación del amparo. En el primer evento, el juez encuentra que la tutela no era el mecanismo indicado para la protección de los derechos,

⁵ Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-555 de 1999.

casi siempre por existir otros mecanismos de defensa judicial o por no haberse configurado el perjuicio irremediable. En el segundo, aunque procedía la acción de tutela, el juez o tribunal no encuentra que en el caso concreto los derechos invocados hayan sido vulnerados ni estén amenazados. En consecuencia, en esta última hipótesis, no se concede la protección pedida.

A propósito, cabe apuntar que algunos jueces, al resolver, dicen “negar la acción de tutela”, que no es lo mismo que “negar la tutela”. Los jueces no tienen competencia para negar la acción de tutela, pues la Constitución reconoce a todas las personas ese derecho –que también es fundamental–, en procura del acceso a la administración de justicia y de la tutela judicial efectiva. Es el derecho de acudir a los jueces en busca de protección constitucional. Otra cosa es que, ejercida la acción y tramitada la solicitud, el juez concluya que no hay lugar a conceder la tutela, razón por la cual se deniega. No se deniega la acción, que la tiene toda persona como derecho de naturaleza constitucional sino el amparo.

-En esta materia es muy importante recordar el derecho de acceso a la administración de justicia y el concepto de tutela constitucional efectiva.

Como lo ha expresado la Corte Constitucional, la administración de justicia es “una función pública estatal de naturaleza esencial, en cuanto configura unos de los pilares fundamentales del Estado democrático social de derecho, al garantizar que una persona investida de autoridad pública y con el poder del Estado para hacer cumplir sus decisiones, resuelva, de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma, ágil, eficiente y eficaz, los conflictos que surjan entre las personas en general, en virtud de los cuales se discute la titularidad y la manera de ejercer un específico derecho, consagrado por el ordenamiento jurídico vigente” (Sentencia C-242/97).

Según el artículo 229 de la Constitución, en Colombia se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. Agrega que la ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

La garantía no consiste solamente en asegurar que los despachos judiciales reciban y tramiten demandas y memoriales, sino en que

quienes ante ellos acuden obtengan oportuna y completa definición de fondo acerca de sus controversias, intereses, pretensiones y solicitudes, con arreglo al debido proceso y con pleno respeto al derecho de defensa, al derecho a la prueba y su contradicción, y a la debida aplicación de las normas constitucionales y legales.

Se trata de un derecho fundamental, según ha sostenido la Corte Constitucional. La dignidad humana resulta desconocida cuando la persona no puede llegar ante los jueces y por tanto, para quien no accede, la justicia no existe. Lo cual implica que el Estado deja de cumplir su función y que de nada sirven las normas constitucionales y legales que contemplan derechos, deberes, cargas y obligaciones, a la vez que se inutilizan los procesos judiciales, se hacen teóricas las garantías y –en cuanto no hay definición– se genera la inseguridad jurídica y se propician las vías de hecho y la búsqueda de justicia por mano propia.

El ordenamiento constitucional colombiano y los tratados internacionales sobre derechos humanos garantizan también, de manera específica, el derecho a la tutela judicial efectiva, pilar fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho.

Son derechos que, si se aplicara la Constitución, se deberían asegurar en lo interno, y, por vía complementaria, en desarrollo de convenios y tratados internacionales que obligan a Colombia, debe operar el acceso a los tribunales internacionales, en especial los que salvaguardan los derechos humanos.

-Finalmente, debemos recordar que –con el fin de garantizar esa efectividad de la tutela– ha sido previsto el desacato. El artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 estipula que, una vez proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora, y que, si no lo hiciera dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. “Pasadas otras cuarenta y ocho horas –añade–, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. Lo

anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

Por su parte, el artículo 52 establece: “La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”.

Los jueces, olvidando lo previsto en el artículo 27 citado, suelen aplicar benignas sanciones por desacato –2 o 3 días de arresto–, lo cual se ha prestado a no pocas burlas por parte de funcionarios renuentes a cumplir los fallos de tutela. De esa manera, quitan toda la fuerza que el Constituyente quiso dar a este valioso instrumento judicial, y muchas veces subsiste la violación de los derechos fundamentales.

Manifestó al respecto la Corte Constitucional:

“Para la Corte Constitucional es obvio que si, comparada una orden de tutela, en su contenido o término, con la realidad, resulta acreditado que no se ha cumplido con exactitud y oportunidad, existe desacato, y que si éste no se declara por el juez de instancia ante quien ha sido tramitado el incidente, o si el superior jerárquico con quien se consulta, contra la evidencia, concluye que no se ha desobedecido el mandato judicial, se configura una verdadera vía de hecho y aun podrían darse los elementos para un proceso penal, según lo contemplado en el artículo 53 del Decreto 2591 de 1991”⁶.

⁶ Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia C-555 de 1999.

CAPÍTULO VI

EL DEBILITAMIENTO DEL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PUEBLO

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CONSTITUCIÓN FLEXIBLE DE 1991 Y EL CONSTITUYENTE PLURAL. 3. EL PUEBLO COMO REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. 4. CONTROL FORMAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y PODER CONSTITUYENTE DEL PUEBLO. 5. EL CONTROL DE CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DE REFERENDO CONSTITUCIONAL Y LOS LÍMITES AL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PUEBLO. 6. CONCLUSIÓN. 7. REFERENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Es de celebrar la vinculación editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y la Corporación Excelencia en la Justicia a la conmemoración de los treinta años de la Constitución Política de 1991. Máxime con una publicación de diversa autoría que busca cifrar experiencias jurisprudenciales de los máximos tribunales de la justicia ordinaria, contencioso administrativa y constitucional durante estas tres décadas, feliz iniciativa de sus promotores, la Decana javeriana Carolina Olarte Bácares, y el Director Ejecutivo de la CEJ Hernando Herrera Mercado.

* Abogado de la Universidad del Rosario con postgrado en Economía de la Universidad de los Andes. Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCB; Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia; Secretario Jurídico de la Presidencia de la República; Director de la Corporación Excelencia en la Justicia; Viceministro de Justicia y del Derecho; Viceministro del Interior; Profesor de Cátedra de "Acción de Tutela", Universidad del Rosario; Profesor de Cátedra de maestría "Derecho Arbitral", Universidad del Rosario; Profesor de Cátedra de maestría "Acciones Constitucionales", Universidad del Rosario.

1.2. La idea central es la siguiente: el poder constituyente del Pueblo fue disminuido con la teoría de los límites materiales del poder de reforma constitucional, planteamiento que si bien contiene bondades termina afectando el carácter democrático y participativo de la Constitución de 1991.

1.3. La flexibilidad original de la Carta del 91 fue una reacción de las fuerzas políticas del fin de siglo al bloqueo del reformismo constitucional de los setentas y ochentas. Hoy la Constitución ha quedado en una situación paradójica: con apenas treinta años, cuenta con más de cincuenta enmiendas en su mayoría menores, lo que hablaría de su ductilidad; sin embargo, las materias estratégicas del orden constitucional se han vuelto difícilmente reformables en virtud de las restricciones no normativas a la capacidad de reforma del Pueblo y del Congreso, lo que invita a que sea el propio Constituyente quien defina en la Carta Fundamental los límites materiales del poder de reforma constitucional.

1.4. La noción de poder constituyente se trae en el sentido que la Corte Constitucional le ha dado en su abundante jurisprudencia: como poder de expedición de normas de rango constitucional, que puede ser primario u originario, derivado o constituido. Las referencias en este escrito generalmente aluden a los poderes constituyentes derivados, en tanto constituidos y sometidos a la Constitución. Ésta también se expresará como Ley Superior o Carta Fundamental.

2. LA CONSTITUCIÓN FLEXIBLE DE 1991 Y EL CONSTITUYENTE PLURAL

2.1. Los criterios de flexibilidad constitucional van desde el procedimiento agravado de formación de las reformas constitucionales hasta una más perspectiva integral.

Con ocasión del examen del Acto Legislativo 1 de 1997, la Corte Constitucional se pronunció sobre el punto de su rigidez o flexibilidad. En la sentencia C-543 de 1998 dijo¹:

¹ Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1998, punto 3.1. de Consideraciones. Revisión del Acto Legislativo 1 de 1997: extradición.

“Las constituciones son “*rígidas*” o “*flexibles*”, según la forma que se establezca para su modificación. Si la reforma de la constitución se realiza en igual forma que las leyes ordinarias se dice que es “*flexible*” y, por tanto, no existe superioridad de la Constitución sobre la ley. Cuando se consagra un procedimiento especial, distinto al de las leyes para su reforma, la Constitución es “*rígida*” y se supraordina a las leyes”.

Y luego, concluyó:

“La Constitución Colombiana es *rígida* y permite su reforma por medio de distintos instrumentos, a saber: por el Congreso a través de un Acto Legislativo, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo (artículo 374 C.P.)”.

La Corte adoptó en esta ocasión un pensamiento doctrinal clásico de identificación de la rigidez o flexibilidad de una Constitución: la previsión de un trámite especial y agravado para el curso de las reformas constitucionales, diferente del que tienen las leyes. Salta a la vista que la Constitución de 1991 adoptó un procedimiento más laborioso que el propio de la legislación. A partir de ello, puede construirse un criterio integral y no solamente procedimental, para verificar el tono de la Ley Superior.

La tesis consiste en que la rigidez o flexibilidad de una Constitución depende de varios factores: (i) criterio material, referido a la existencia o no de cláusulas de intangibilidad para ciertos contenidos constitucionales; (ii) criterio subjetivo, relativo a la atribución del poder de reforma a un solo sujeto político o la previsión de pluralidad de titulares con sus propios mecanismos de reforma; (iii) criterio competencial, atinente a la fijación o no de límites materiales al poder de reforma constitucional para determinado o determinados sujetos constituyentes; (iv) criterio procedimental, no solo alusivo a la presencia de un mecanismo especial de reforma sino a la exigencia o no de mayorías calificadas para su aprobación o de actos adicionales de ratificación popular para su entrada en vigor.

Así las cosas, la Constitución Política de 1991 se estrenó bajo el entendimiento de tratarse de una Carta flexible.

2.2. La Asamblea Nacional Constituyente flexibilizó el régimen de la reforma a la Constitución, en buena parte como

respuesta a la crisis constitucional vivida en el pos-frente nacional, de 1974 a 1990.

En aquel tiempo, dos grandes iniciativas de cambio se malograron por decisiones de inexequibilidad y una tercera naufragó en las cámaras por causa diferente, reforzándose la percepción pública sobre la inviabilidad del reformismo constitucional a través del Congreso y la necesidad de desbloquearlo con la intervención del Pueblo.

El Acto Legislativo 2 de 1977, que convocaba una Asamblea Constitucional para la reforma exclusiva del régimen territorial y la administración judicial, había sido declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia. Igual suerte corrió el Acto Legislativo 2 1979, modificadorio del régimen del Congreso de la República y del sistema de justicia. Sería con el hundimiento en el Senado de la reforma constitucional de 1988, de la que eran tributarias las tentativas anteriores, que el proceso político acumularía la masa crítica de las iniciativas represadas para impulsar una reforma constitucional de fondo con la participación directa del Pueblo. Así, cuando la Corte Suprema de Justicia puso fin al bloqueo institucional y abrió el camino de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), la consecuencia casi natural fue la expedición de una nueva Constitución, no su modificación.

2.3. La flexibilización en 1991 partió de aligerar el trámite de la reforma constitucional en el Congreso de la República y prosiguió invistiendo a nuevos titulares del poder constituyente con sus respectivos mecanismos de reforma.

En adelante, todos los actos legislativos, aún los referidos a temas centrales, serían finalmente aprobados por una mayoría absoluta de los miembros de cada cámara, pudiendo ser votados aún con mayorías relativas en los debates de la primera vuelta. Tal determinación contrastaba con la Constitución de 1886 que había impuesto gravosas mayorías calificadas de 2/3 partes para dar validez a los actos legislativos que dictaban o modificaban normas constitucionales sobre el régimen electoral, la integración de cortes jurisdiccionales o la creación de departamentos, entre otros. No es de extrañar que el relajamiento de la regla aprobatoria de los actos legislativos esté asociado a la proliferación de enmiendas, de todo tipo, que ha sufrido el texto de la Constitución.

Una decisión importante para dar mayor flexibilidad a la Carta tuvo que ver con los nuevos sujetos y los mecanismos reformativos: además del Congreso de la República, la Asamblea Nacional Constituyente y el Pueblo mismo aparecen como titulares de poder de reforma constitucional. Correlativamente, fueron configurados sendos mecanismos de enmienda: al tradicional acto legislativo propio de las cámaras legislativas, se sumó el acto constituyente a cargo de los delegatarios asambleístas y el referendo constitucional en manos del cuerpo popular de ciudadanos.

2.4. En suma: la des-agravación de las mayorías aprobatorias de los actos legislativos, la regulación de variados procedimientos de reforma constitucional, el reconocimiento de nuevos titulares de poder constituyente y la inexistencia cláusulas de intangibilidad –como se verá adelante–, hizo de la Carta del 1991 un modelo de Constitución flexible, más dúctil que la anterior. Y entre los factores decisivos para superar la rigidez precedente, estuvo el reconocimiento del Pueblo como sujeto fundamental del ejercicio de poder constituyente.

3. EL PUEBLO COMO REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN

31. Toda democracia es esencialmente participativa. En sí misma, la democracia ha implicado, en mayor o menor grado, el consentimiento del Pueblo o estamentos del mismo en la formación y ejercicio del poder público. Y conlleva, al menos, la atribución de potestades electorales a los ciudadanos, y más allá, de funciones normativas.

3.2. Entre nosotros, la intervención directa del Pueblo inicialmente fue reducida al poder de elegir autoridades públicas, mecanismo clásico de la democracia de representación.

La Constitución de Cúcuta de 1821 regulaba la actividad del Pueblo en la esfera electoral y con alcance mínimo. El cuerpo constituyente fundacional dejó sentado en sus normas generales que *“el pueblo no ejercerá por sí mismo otras atribuciones de la soberanía que la de las elecciones primarias”*², como sufragante parroquial de

² Constitución de 1821, artículo 10.

electores cantonales en las diversas provincias. Las restantes autoridades se designaban a través de procesos piramidales de representación, incluido el Presidente de la República.

El poder normativo estuvo reservado a los órganos colegiados de representación, concejos municipales, asambleas departamentales y cámaras legislativas. Durante décadas las constituciones unitarias o federales del siglo XIX idearon congresos, convenciones o colegios para el ejercicio de la función constituyente: todas formas de representación! Ya en la Constitución de 1886 se investió al Congreso de la República como único titular de poderes de reforma constitucional³, monopolio representativo que fue ratificado, contradictoriamente, en el denominado Plebiscito constitucional de 1957⁴.

Con los años, el poder electoral del Pueblo se fue ampliando, hasta poder votar por concejales municipales, diputados departamentales, representantes, senadores, alcaldes, gobernadores y finalmente Presidente de la República. Los ciudadanos colombianos pasamos a ejercer funciones electorales plenas, consolidando el modelo esencial de democracia representativa.

3.3. Casi dos siglos después, el Pueblo conquista la prerrogativa de ejercer directamente poderes normativos, esto es, de dictar normas jurídicas sin la intervención necesaria de sus representantes elegidos.

La Constitución de 1991 fortaleció el poder popular al confiarle a los ciudadanos, al lado de funciones electorales, la atribución de expedir normas jurídicas, en desarrollo del derecho político de *“participar en las decisiones que los afectan”*⁵. El acto participativo ciudadano pasó del voto electoral al voto normativo.

Este nuevo poder normativo directo entregado al Pueblo es bastante completo: el cuerpo ciudadano de la nación tiene la potestad de adoptar decisiones tanto del nivel territorial como nacional; y dictar normas jurídicas ya de orden administrativo, legislativo

³ Constitución de 1886, artículo 209 original.

⁴ Plebiscito de 1957 –reformatorio de la Constitución–, artículo 13: “En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”.

⁵ Constitución de 1991, artículo 2.

o constitucional. Fue un gran salto dado por el Constituyente de 1991, pues a las formas enriquecidas de representación sumó mecanismos de democracia directa de naturaleza normativa, a cuya cabeza se ubica el poder de expedir preceptos de rango constitucional⁶.

3.4. En la base de este giro sustancial de nuestro constitucionalismo estuvo el alcance que el Constituyente del 91 dio al principio de la soberanía popular.

Sin que la noción de soberanía nacional fuese consubstancial a un modelo restringido de la democracia representativa, ideológicamente prosperó la tendencia a correlacionarlas. El primer paso dado por la Asamblea Nacional Constituyente del 91 consistió en reemplazar la definición tradicional, *“la soberanía reside esencialmente en la nación”*⁷, por la afirmación categórica de que *“la soberanía reside en el pueblo”*⁸.

El cambio no fue meramente semántico. Siendo la función de dictar y reformar una constitución expresión excelsa del poder soberano, la Asamblea Nacional de 1991 optó por incorporar al titular de la soberanía en este proceso de reforma superior, ya delegando su poder constituyente en un cuerpo *ad hoc*, como la asamblea nacional, ya ejerciéndolo por sí mismo, como en el referendo constitucional. La tradicional teoría del Pueblo como titular de la soberanía fue enriquecida con la visión de su ejercicio *“en forma directa”*⁹ y no solo por medio de sus representantes.

3.5. En suma, con la aparición democrática del Pueblo con poder normativo directo sobre la Constitución se hizo más flexible, democrático y participativo el proceso de reforma constitucional. A la inexistencia de normas pétreas –criterio material–, la pluralidad de sujetos con poder constituyente derivado –criterio subjetivo–, la ausencia inicial de límites materiales explícitos al poder de reforma –criterio competencial– y la estandarización de las mayorías aprobatorias sin instancias de ratificación –criterio procedimental,

⁶ Constitución Política, artículo 374.

⁷ Constitución de 1821, artículo 2. Constitución de 1886, artículo 2: *“La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación (...)”*.

⁸ Constitución Política de 1991, artículo 3.

⁹ Constitución Política, artículo 3.

se sumó el actor fundamental de los procesos constituyentes: el Pueblo, conformado por el conjunto ciudadano de la Nación.

Tal presencia popular predeterminó algunos rasgos centrales del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales 1991, como se verá enseguida.

4. CONTROL FORMAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y PODER CONSTITUYENTE DEL PUEBLO

4.1. Las primeras lecturas de la Constitución coincidieron en la ausencia de cláusulas expresas de intangibilidad: no figuraron en la Carta Fundamental promulgada en 1991 mandatos que dispusieran la irreformabilidad de determinados contenidos constitucionales.

No siempre fue así. Las constituciones unitarias de la mitad del siglo XIX incorporaron las denominadas normas pétreas. Al regular la reforma constitucional, el artículo 190 de la Constitución de Cúcuta sentenció que *“nunca podrán alterarse las bases contenidas en la Sección 1 del Título I y en la 2 del Título II”*¹⁰, a saber: la independencia y soberanía nacionales, el carácter popular, representativo y responsable del gobierno y las autoridades, la tridivisión del poder supremo y el ejercicio de las atribuciones de la soberanía por el pueblo. Idea parecida se incorporó en 1843 cuando en la Constitución Neogranadina se dispuso: *“El poder que tiene el Congreso para reformar esta Constitución, no se extenderá nunca a los Artículos del Título tercero que hablan de la forma de Gobierno”*.

Otro camino transitó Colombia hace treinta años. La Constitución de 1991 no previó normas irreformables que prevalecieran sobre los contenidos de las enmiendas a la Carta. No optaron los delegatarios del 91 por labrar cláusulas pétreas ni forjar estatutos de intangibilidad, a la manera de las constituciones rígidas del pasado. Por el contrario, el Constituyente del 91 reforzó el carácter flexible de nuestra Constitución y desplegó el poder constituyente del Pueblo.

4.2. También se partió de que el Constituyente de 1991 había evitado fijar límites materiales expresos al poder de reforma

¹⁰ CP 1821, art 190

de alguno de los titulares de la función constituyente, fuera el Congreso, el Pueblo o la Asamblea Nacional.

Es concebible que un poder constituyente, en lugar de petrificar los contenidos constitucionales, limite el poder de reforma constitucional de uno de sus titulares sin perjuicio de que otro pueda abordar las enmiendas que al anterior le fueren vedadas. No así en el entendimiento del diseño original de la Constitución: ni el acto legislativo, como tampoco el referendo constitucional o la Asamblea nacional Constituyente, enfrentaron en la Carta del 1991 restricciones materiales expresas para el trámite de reformas constitucionales.

Este panorama normativo ha cambiado de modo excepcional, hace unos pocos años. El Acto Legislativo 2 de 2015, artículo 9, al proscribir la reelección presidencial, dispuso en la parte final del inciso: *“La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente”*¹¹.

Quiere lo anterior decir que ni el Congreso de la República, ni el Pueblo mediante Referendo de iniciativa gubernamental, pueden reformar esta norma constitucional que impide la reelección presidencial. Con mayor deferencia por el Soberano, podría decirse que el Congreso tiene limitada su competencia para convocar al Pueblo en Referendo a efecto de permitir la reelección de quien ya ocupó el cargo de Presidente de la República. En todo caso, no estamos ante una cláusula pétrea, ya que la ANC y el Pueblo en Referendo de iniciativa popular podrían reestablecerla. Lo importante de esta regla exceptiva es que ejemplifica un límite material expreso: una restricción al poder de reforma constitucional referida a un contenido determinado de la Carta, establecido en norma jurídica superior de por titular de poder constituyente derivado.

Aparte de este caso, en la Constitución de 1991 no se advierte otro contenido normativo que limite expresamente el poder de reforma constitucional del Congreso de la República, del Pueblo o

¹¹ Acto Legislativo 2 de 2015, artículo 9º, que corresponde al inciso 1º del artículo 197 de la Constitución: *“No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente”*.

de la Asamblea Constituyente¹². En suma, no contamos con límites materiales absolutos al poder de reforma merced a la inexistencia de cláusulas pétreas o intangibles. irreformables; solo explícitamente un límite material relativo, en asunto de reelección presidencial.

4.3. A tal tipo de Constitución así entendida, esencialmente reformable –sin cláusulas pétreas–, y a tal poder de reforma constitucional sin límites materiales –con una excepción–, les correspondió en 1991 un modelo de control formal sobre el trámite de los actos que modifican la Constitución.

Lo dispuso sin equívocos el artículo 241 de la Constitución, norma nuclear del control de constitucionalidad. Allí el Constituyente de 1991 depositó en la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Y precaviendo los excesos endilgados al tribunal constitucional anterior frente a las reformas del post-frente nacional, le advirtió que depositaba semejante poder de revisión judicial *“en los estrictos y precisos términos de este artículo”*.

Ya en relación con el objeto del control, el artículo 241, numeral 1 –cláusula general del control de los actos reformativos de la Constitución– le impuso a la Corte Constitucional, en tanto órgano constituido, la función esencial de revisar los *“actos reformativos de la Constitución”*, todos, *“cualquiera sea su origen”*. Y respecto del alcance de dicho control, enfatizó que procede *“sólo por vicios de procedimiento en su formación”*¹³.

Este artículo en mención contiene dos preceptos básicos: una cláusula de ‘formalidad’ y otra cláusula de ‘generalidad’.

Según la primera, el control de constitucionalidad no puede extenderse sobre asuntos distintos de eventuales transgresiones de reglas que rigen el procedimiento mediante el cual se forman los actos legislativos, refrendatarios o constituyentes. Es decir, se proscribió el control material o sustancial de estos mecanismos de

¹² Podría aducirse que el artículo 376 de la Constitución presenta otro caso de límite material al poder de reforma del Congreso. En verdad, más que acotar la capacidad de reformar la Constitución en materia determinada, lo que previó el Constituyente fue la suspensión de esta facultad a su cargo durante el término de sesión de la ANC.

¹³ Constitución Política, numeral 1.

reforma. Sin ninguna duda, el diseño constitucional original excluyó el control sobre el “*contenido material*” de todo acto reformativo de la Constitución, a diferencia del que naturalmente procede contra las leyes en guarda de la supremacía constitucional¹⁴.

Conforme con la segunda, el control formal o de procedimiento recae sobre la totalidad de actos reformativos de la Carta y con el mismo alcance, “*cualquiera sea su origen*”: bien el acto legislativo de las cámaras legislativas, el refrendatario del Pueblo o el acto constituyente de la Asamblea Nacional, ya que provengan de la iniciativa ciudadana, parlamentaria o gubernamental. Quedaba claro: la uniformidad del control de constitucionalidad sobre los diversos actos reformativos de la Constitución se basaba en la inexistencia de límites sustanciales para los poderes de reforma constitucional.

Resta precisar que el control formal y generalizado sobre los actos de reforma consagrado en el artículo 241.1 superior, debe aplicarse en armonía con la enmienda introducida en el Acto Legislativo 2 al artículo 197 de la Carta. En tal sentido, un acto legislativo que aprobare la reelección presidencial, aún impecablemente tramitado, deberá ser expulsado del ordenamiento constitucional mediante una decisión de inexecuibilidad fundada en la transgresión de un límite material al poder de reforma constitucional a cargo del Congreso. Y lo propio tratándose de un referendo constitucional de origen gubernamental.

Así, por regla general, ante la inexistencia de límites materiales explícitos fijados en la Constitución de 1991, al poder de reforma constitucional habría de corresponderle un control de constitucionalidad formal.

4.4. El control formal o del procedimiento sobre las reformas constitucionales previsto en el artículo 241.1 superior, guarda perfecta correspondencia con otras disposiciones que orbitan a su alrededor.

Es el caso de los actos de convocación a Referendo constitucional o a una Asamblea Constituyente –artículo 241.2–, respecto de los cuales la revisión de constitucionalidad a cargo de la Corte también procede “*sólo por vicios de procedimiento en su formación*”. Y recae sobre

¹⁴ Constitución Política, numeral 4.

la ley convocatoria del referendo o de la consulta popular que aprueba la Asamblea, antes de los respectivos pronunciamientos populares.

Tiene perfecta lógica: si los titulares de poder de reforma constitucional –para el caso el Pueblo y la ANC– carecían de límites materiales para la aprobación de contenidos constitucionales, el control sobre las leyes que convocan al Pueblo no podía ser sino sobre el procedimiento de formación de las mismas, a tono con la regla central del 241.1 constitucional.

También guardan armonía las diversas disposiciones sobre caducidad de la acción pública de inconstitucionalidad. El artículo 379 de la Constitución, que en su inciso 2 regula la interposición de la acción contra los actos legislativos, las leyes convocatorias de referendos constitucionales y de la Asamblea Constituyente, indica que la acción contra tales actos *“solo procederá dentro del año siguiente a su promulgación”*, en consonancia con el artículo 242.3 de la Carta que establece la regla general de caducidad de las acciones por vicio de forma *“en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”*.

En este caso, el término de procedencia de las acciones de inconstitucionalidad sobre las leyes que convocan al Pueblo para el referendo constitucional o para decidir la suerte de una Asamblea Constituyente, es de un año: el mismo término de que disponen los ciudadanos demandantes de un acto legislativo o una ley por vicios de forma. De haber previsto la Constitución cláusulas de intangibilidad que prohibieran reformas sobre el contenido de algunos tópicos constitucionales y limitaran sustancialmente el poder de reforma y justificaran, en consecuencia, el control material de constitucionalidad, seguramente habrían quedado sujetas al régimen propio de las demandas de las leyes por vicios materiales, que no caducan.

4.5. Así, el Constituyente de 1991 estructuró un sistema de control de constitucionalidad de todos los actos reformativos de la Constitución y sus leyes convocatorias, perfectamente armónico y coherente, basado en la sola procedencia del control de constitucionalidad sobre el *“procedimiento de formación de los mismos”*, dada la inexistencia generalizada de normas irreformables o de límites materiales al poder de reforma constitucional.

De esta manera lo entendió la Corte Constitucional, en un principio. En la citada sentencia C-543 de 1998, expresaba:

“A la Corte Constitucional se le ha asignado el control de los Actos Legislativos, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación (artículo 241-1 C.P.), *es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el Reglamento del Congreso*. El control constitucional recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo. En ejercicio de dicha función la Corte debe proceder de manera estricta y rigurosa en el examen de los trámites estatuidos por el Constituyente y la ley orgánica para esa clase de actos, con el objeto de verificar su validez formal. (3.1., Consideraciones. Resaltado del autor)”.

Se observa que la Corte da al enunciado “*vicios de procedimiento en su formación*” un sentido unívoco: “*es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el Reglamento del Congreso*”. No se habla allí de ‘vicios competenciales’, que más que un asunto de trámite es una regulación del poder.

4.6. En suma, de la mano de una Constitución pensada como flexible, sin cláusulas de intangibilidad ni límites materiales expresos al poder de reforma constitucional, surgió el control formal de nuestra Carta Fundamental. Este fue el camino que escogió la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, con todas sus ventajas y sus inconvenientes.

Nuestro tribunal constitucional daría el giro jurisprudencial en 2003 al revisar la primera ley de convocación al Pueblo a un referendo constitucional propuesto por el Gobierno Nacional en ese mismo año. Luego lo reiteraría en sucesivas e ilustrativas sentencias llamadas a reexaminar el control de constitucionalidad.

5. EL CONTROL DE CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DE REFERENDO CONSTITUCIONAL Y LOS LÍMITES AL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PUEBLO

5.1. La Constitución adquirió rasgos de rigidez con la aplicación de la teoría de los límites al poder de reforma constitucional en cabeza del Pueblo en Referendo y del Congreso de la República.

No porque la interpretación autorizada del guardián de la Constitución hubiese endurecido las reglas de procedimiento de las enmiendas a la Ley Superior o agravado las reglas aprobatorias de los actos reformativos, o hubiera hallado normas inmodificables en nuestra Carta Fundamental. El componente de rigidez introducido en la sentencia C-511 de 2003¹⁵ proviene de la adopción de una decisiva y controvertida línea jurisprudencial: la de los límites materiales al poder de reforma constitucional del Pueblo.

Al sembrar tales vallas se está indicando que determinados contenidos principales de la Constitución les son vedados al sujeto de dicho poder. Con ello, se introducen elementos que dificultan la modificación de la Carta Política en sus disposiciones centrales, dejando en la órbita de las competencias constituyentes temas que aun siendo importantes no dejan de ser residuales.

5.2. Aunque la línea jurisprudencial de los fallos sobre las leyes de referendo parecía insinuar la existencia de cláusulas de intangibilidad, es claro que para la Corte no existen contenidos constitucionales absolutamente inmodificables ni es irreformable la Constitución como un todo.

De algunos apartes jurisprudenciales se pudo colegir que no solo el Congreso de la República y el Pueblo sino también la Asamblea Constituyente, en tanto órganos reglados por la Constitución de 1991 como poderes constituidos, se hallan sujetos a limitaciones en su poder constituyente. Por lo que ninguno contaría con competencia para emprender, no ya la reforma, sino la sustitución de la Constitución de 1991. Dijo la Corte en sentencia C-551 de 2003:

“(..). 30. Por su parte, el poder de reforma, o poder constituyente derivado, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. Se trata por lo tanto, de *un poder*

¹⁵ Corte Constitucional, C-511 de 2003.

de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado. (destaca el autor).

La duda consistía en que si la ANC, al hallarse regulada en la propia Carta como *“un poder establecido por la Constitución”* y como órgano representativo ad hoc que obtiene su poder de reforma en la consulta popular que la precede, tendría que ser un poder constituyente *“por ello derivado y limitado”*. En otras palabras, ¿los límites materiales de competencia que según la anterior jurisprudencia pesarían sobre el Congreso y el Pueblo en Referendo, también recaerían necesariamente sobre la Asamblea Constituyente?

No es así. La petrificación de la Constitución como un todo a través de la proscripción de su sustitución total por cualquiera de los titulares de poder constituyente, ha sido descartada de raíz por la Corte en la sentencia C-141 de 2010, apoyada en providencia anterior¹⁶:

“Sin embargo, la Corte estimó que “la Constitución de 1991 intenta superar este dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma” y en la Sentencia C-1040 de 2005 indicó que “el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta” y que “sólo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente”.

No podría ser de otra manera. Primero, porque la prohibición de dictar una nueva Ley Superior por la vía de los procedimientos reglados en la Constitución vigente –preexistente– y a cargo de los poderes constituidos, con el argumento de que sólo un constituyente originario y anterior podría hacerlo, hubiera significado abrir caminos de desinstitucionalización e incitación a las vías extraconstitucionales. En segundo lugar, porque habría sido una negación de nuestra historia reciente que nos enseña que la Constitución de 1991 es hija de una Asamblea Nacional Constituyente que decretó la derogatoria de *“la Constitución*

¹⁶ Corte Constitucional, C-1040 de 2005.

*hasta ahora vigente con todas sus reformas*¹⁷, esto es, que sustituyó totalmente la Constitución anterior.

De este modo, se llega a otra paradoja: mientras la Asamblea Nacional Constituyente puede detentar poderes de ‘sustitución’ total o parcial de la Constitución, el Pueblo, que es la fuente de tal poder de sustitución, solo tiene alcance para ‘reformularla’ en Referendo.

5.3. Cuales son, entonces, los límites materiales al poder de reforma constitucional señalados por la jurisprudencia? Hay un criterio orientador: el Pueblo en Referendo puede ‘reformular’ más no ‘sustituir’ la Constitución, como el Congreso.

El concepto de ‘sustitución’ ha querido apoyarse en el argumento literal de que la Carta en su Título XIII –“*De la reforma de la Constitución*”– y particularmente en el artículo 374¹⁸, expresa que la Constitución “*podrá ser reformada*” por el Congreso, la Asamblea Constituyente o por el Pueblo mediante referendo. En apoyo de esta exégesis, la sentencia 551 de 2003 de la Corte Constitucional –punto 36 de Consideraciones–, manifestó:

“36- En tal contexto, como las autoridades sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido (C.P. arts. 6 y 121), y la Constitución no sólo no consagra expresamente (pudiendo haberlo hecho) la posibilidad de sustitución total de la Carta, sino que además *establece expresamente que la Constitución “podrá ser reformada”* (Título XIII), una conclusión se impone: en el constitucionalismo colombiano, *el poder de reforma tiene límites competenciales, pues no puede sustituir la Constitución de 1991*. Se trata de un límite expresamente establecido por el Constituyente originario en el artículo 374 de la Constitución adoptada en 1991 por la Asamblea Constituyente como comisionada del pueblo soberano”.

Tal razón adolece de por lo menos dos defectos: (i) incluye a la Asamblea Constituyente como destinatario de las restricciones a la competencia de reforma constitucional cuando la misma jurisprudencia le reconoce poderes de sustitución; (ii) desconoce la historia constitucional colombiana y buena parte de la doctrina iuspublicista que emplea la expresión ‘reforma’ como un género

¹⁷ Constitución Política, artículo 380.

¹⁸ Constitución Política, artículo 374.

que abarca tanto la modificación parcial o como el cambio total de la Constitución. Basta acudir al artículo 92, capítulo XII-Reforma, de la Carta federal de los Estados Unidos de Colombia de 1863, que dice: “*Esta Constitución podrá ser reformada total o parcialmente con las formalidades siguientes (...)*”. Amén de las constituciones unitarias de la primera mitad del siglo XIX.

También en la sentencia C-141 de 2010 nuestro tribunal constitucional reitera la línea jurisprudencial expresando al respecto:

39. Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues *la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad*. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los *principios y valores* que la Constitución contiene, y *aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad (...)*. (cursivas del autor).

Más adelante agrega:

“(...) resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser sustituida por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformatorio a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que *la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material*, a pesar de las reformas que se le introduzcan (...)”. (Cursiva fuera del texto original).

Y en relación con esto último, dice en la misma C-141 de 2010:

“En suma, la sustitución implica la franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra “*completamente distinta*” que, por ejemplo, sirva de base a una forma de organización política opuesta, como cuando *se cambia la república por la monarquía, la democracia por la dictadura o el Estado de Derecho por el totalitarismo*”.

Además de ratificar lo dicho años atrás, esta sentencia arroja una pautas importantes para precisar la noción de ‘sustitución’:

(i) principios y valores constitucionales; (ii) principios y valores que surgen del bloque de constitucionalidad; (iii) contenidos determinantes de la identidad de la Constitución como los conceptos de democracia, república o el estado de derecho –enunciativos–. Y abre una puerta doctrinariamente interesante para sentar como restricción al poder de reforma principios y normas que integran el *ius cogens* o derecho internacional imperativo: se trataría de límites normativos, en este caso del orden jurídico internacional, y no de elaboraciones jurisprudenciales.

Al realizar el control de constitucionalidad de las leyes convocatorias de referendo constitucional expedidas –ley 796 de 2003 y ley 1354 de 2009–, la Corte Constitucional se ha referido a las bases de la Constitución, principios identificatorios, ejes axiales y otras conceptualizaciones similares. Más puntualmente, ha erigido en parámetros de control o normas de referencia para la determinación de la exequibilidad de los contenidos de una reforma constitucional vía referendo aprobatorio, varios principios estructurantes del orden constitucional. En la citada sentencia C-141 de 2010, mencionó en su parte conclusiva los “ejes estructurales” o a los “ejes definitorios” de la Constitución, que marcan la frontera entre reforma y sustitución:

“(…) Así las cosas, en razón de lo considerado, una segunda reelección presidencial *sustituye ejes estructurales de la Constitución Política* y, por lo tanto, la ley 1354 de 2009 que busca hacer posible una reforma constitucional que la instituya vulnera la Carta y debe ser declarada inconstitucional.

Puntualizando, la Corte en la sentencia C-141 de 2010 precisó lo que consideró principios identificatorios o ejes axiales o estructurantes de la Constitución de 1991, con base en los cuales determinaría la inexequibilidad de la propuesta de reforma contenida en la ley de la convocación al pueblo:

6.3.7. (...)

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

de gobierno decidida en 1991. Siendo así, la concentración de poder en el ejecutivo, el presidencialismo surgido de lo anterior, la prolongación del predominio de la mayoría que rodea al Presidente por un lapso superior al máximo permitido y la desfiguración de la concepción republicana, reemplazan la forma política plasmada en la Carta actual (...).

En consecuencia, el concepto de ‘sustitución’ de la Constitución como límite del poder de reforma constitucional del Pueblo en Referendo –y del Congreso de la República–, se materializa en variados principios: régimen presidencial, alternación presidencial, separación de poderes, democracia participativa, pluralismo político –C-141 de 2010–. Otros ejes axiales han sido concretados, por ejemplo, con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 2 de 2015 mediante el cual en la reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional se quiso suprimir la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En sentencia C-285 de 2016 la Corte declaró la inexecutable de tales disposiciones por sustitución parcial de la Constitución, al suprimirse el principio de independencia judicial:

“10.3. A partir de las consideraciones anteriores, la Corte concluyó que aunque el Congreso tenía amplias potestades para variar el modelo de gestión del Poder Judicial, e incluso para suprimir los órganos creados en la Constitución de 1991 para gobernar y administrar esta Rama del poder público, el nuevo esquema introducido en el Acto Legislativo desbordó el poder de reforma constitucional con el que cuenta el Congreso, porque suprimió el *principio de autogobierno judicial*, como manifestación del *principio de separación de poderes y del principio de independencia judicial*”.

En decisiones menos felices, se ha erigido como eje identificador de la Carta algún otro contenido cuya modificación no tendría el alcance de hacer “irreconocible” la Constitución de 1991. Es el caso de la sentencia 588 de 2009 –de inexecutable del Acto Legislativo No. 01 de 2008 sobre incorporación a la carrera administrativa–, que afirmó que “*dentro de la estructura constitucional del Estado Colombiano, diseñada por el Constituyente de 1991, la **carrera administrativa** es, entonces, un principio constitucional, y por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución*”.

Tales vallas al poder de reforma afectaron, lógicamente, la teoría del control judicial del referendo constitucional, y de los actos legislativo por supuesto.

5.4. La Corte Constitucional ha avanzado en la tarea de precisar los ejes axiales de la Constitución que trazan el límite material entre la reforma y la sustitución de la Constitución.

No solo lo ha hecho en las sentencias referidas –de control de las leyes de referendo constitucional– sino en otras decisiones doctrinariamente ricas. No obstante, la incertidumbre y la inestabilidad jurídicas campean en el territorio de la reforma constitucional, al no hallarse consagrado normativamente en la Carta Fundamental y por el propio Constituyente el cuerpo de principios, valores y reglas generales que son irreformables para algunos de los titulares de poder constituyente. Tal perplejidad parece asistir al propio tribunal constitucional, cuando advierte:

“Así las cosas, cabe precisar que “el proceso de elaboración doctrinaria sobre la materia se encuentra en curso” y que, “a medida que se le presenten casos diversos a la Corte”, a partir de las premisas que de manera general se han fijado, “están abiertas algunas opciones interpretativas en torno a los elementos y las condiciones en las cuales cabría predicar la existencia de un vicio competencial debido a una sustitución de la Constitución”¹⁹.

5.5. Vicios “competenciales” como vicios formales.

Ante la existencia de límites materiales al poder de reforma constitucional, revelados en la jurisprudencia constitucional, la teoría del control de constitucionalidad formal referido solamente al procedimiento de formación de los actos reformatorios de la Constitución, tenía que ser revaluada.

La Corte consideró, desde la sentencia 551 de 2003, que el control formal no se limitaba a una revisión del trámite de tales actos sino, además, al examen de la competencia del órgano que lo profiere. De este modo, el sobrepasamiento de los límites materiales del poder constituyente derivado constituye un vicio competencial cuya ocurrencia genera la inconstitucionalidad. En la sentencia 1041 de 2003, se expresa:

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-141 de 2010.

“335-a. Sobre la naturaleza y alcance de la competencia de la Corte.

El examen de la Corte recae exclusivamente sobre los vicios de procedimiento en la formación de esa ley, lo cual significa que no le corresponde a esta Corporación efectúan un control de fondo sobre el contenido material de esas reformas. Pero lo anterior no implica que la Corte deba examinar únicamente los pasos de la formación de la ley. *El control de la Corte se extiende al estudio de los eventuales vicios de competencia en el ejercicio del poder de reforma*, pues la competencia es un pilar y un presupuesto básico tanto del procedimiento como del contenido de las disposiciones sujetas a control de la Corte. Esto plantea la necesidad de definir los alcances del poder de “reformular” la Constitución (artículo 374 C.P), uno de los “requisitos” previstos en el Título XIII de la Carta”.

Y agregó:

“Definidos los alcances del poder de “reformular” en la jurisprudencia, el exceso en el ejercicio del poder de reforma configura un vicio formal que conduce a la inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional contenido en la ley convocatoria del referendo o del acto legislativo. En pocas palabras, el vicio formal aparece *tanto por irregularidad en trámite como por exceso en la competencia*”.

Según lo anterior, para la jurisprudencia constitucional existen tres tipos de vicios que minan la validez de un acto reformatorio de la Constitución: (i) vicio material, proscrito en la Carta, verdadero límite competencial al poder de control de constitucionalidad; (ii) de procedimiento o típico vicio de forma referido al trámite de los actos de reforma; y (iii) vicio competencial, predicable del sujeto reformador por exceder los límites materiales en ejercicio de la función constituyente –no aplicable a la ANC cuando haya sido previamente facultada por el Pueblo en la consulta popular habilitante–.

6. CONCLUSIÓN

6.1. La interpretación de la Carta de 1991, en cuanto parecía no prever límites materiales al poder de reforma y conducía a un control

de constitucionalidad formal “sólo por vicios de procedimiento”²⁰, fue reformulada en líneas jurisprudenciales que consagraron límites implícitos al poder de reforma del Pueblo y del Congreso y extendieron la revisión judicial a los “vicios competenciales”.

6.2. Se estableció jurisprudencialmente otro modelo en el que determinados contenidos constitucionales –o “ejes identificatorios”– fueron erigidos como irreformables para determinados titulares del poder constituyente –el Pueblo y el Congreso, no la ANC–, verdaderos límites materiales al poder de reforma cuya infracción afecta la validez del acto reformatorio.

6.3. La existencia de límites materiales al ejercicio de poderes de reforma constitucional es conveniente y la tarea realizada por la Corte Constitucional es relevante: protege las bases sobre las que se asienta un régimen político democrático, un estado constitucional y social de derecho, un gobierno republicano y responsable.

6.4. No obstante, el diseño de tales límites deberá en algún momento ser normativo: obra de un titular de poder constituyente y de un mandato popular. En tal sentido, la selección de los principios identificatorios habría de recaer solamente sobre nuestros fundamentales, a fin de remover rigideces constitucionales; y la regulación expresa de tales límites materiales tendría ser precisa en el mayor grado posible, para brindar predictibilidad al ejercicio del poder de reforma de la Constitución. Sería necesario incorporar expresamente principios y normas del *ius cogens* y del derecho internacional de los derechos humanos como límites supranacionales para todos los poderes de reforma.

6.5. El Pueblo, titular del poder soberano, “ejerce” su soberanía “en los términos que la Constitución establece”. Al hallarse sujeto a los parámetros formales que la Constitución de 1991 le impone, no hace otra cosa que someterse a las amarras dispuestas por sí mismo. Tal condición de poder sujeto a la Constitución no lo priva de su calidad de Soberano, pues la soberanía también la puede ejercer en tales “términos”.

6.5. Por lo anterior, resulta incongruente la pretensión de impedir que el Pueblo se pronuncie sobre determinadas materias

²⁰ Constitución Política, artículo 241.1.

puntuales de la Constitución –no así plebiscitariamente sobre muchas– por la vía de controlar el contenido material del proyecto de reforma del referendo constitucional cuando ese mismo Pueblo es la fuente del poder de ‘sustitución’ que jurisprudencialmente se le reconoce a la Asamblea Nacional Constituyente.

6.6. Al corresponder los ‘ejes identificatorios’ a principios y reglas de la Constitución interpretados jurisprudencialmente con sentido expansivo, puede concluirse que, actualmente, existen temas decisivos de nuestro orden constitucional que se encuentran fuera del alcance del cuerpo de ciudadanos activos de la Nación –el Pueblo–, y ni decir del Congreso de la República cuyo poder de actuación prácticamente se contrae a las enmiendas menores.

6.7. Urge la intervención de un poder constituyente que regule adicional e integralmente la cuestión de la reforma y sustitución de la Constitución y el correlativo alcance del control de constitucionalidad sobre los actos reformativos. Vale la pena reforzar el sello de una Constitución democrática y participativa, y desandar la contramarcha hacia la banalización del poder constituyente del Pueblo.

7. REFERENCIAS

Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1998.

Constitución Política de Colombia de 1821

Constitución Política de Colombia de 1886.

Plebiscito de 1957 –reformativo de la Constitución–

Constitución Política de Colombia de 1991

Corte Constitucional, sentencia C-511 de 2003.

Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2005.

Corte Constitucional, sentencia C-141 de 2010.

CAPÍTULO VII

DEFINICIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA EN MATERIA DE TUTELA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

MIGUEL POLO ROSERO*

Sumario: 1. LA COMPETENCIA JUDICIAL Y LOS CRITERIOS PARA FIJARLA. 2. LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA Y LAS CONSECUENCIAS POR SU INOBSERVANCIA. 3. EL RÉGIMEN GENERAL DE COMPETENCIA EN MATERIA DE TUTELA. 4. LAS REGLAS DE REPARTO EN MATERIA DE TUTELA. 5. LA DEFINICIÓN DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA EN TUTELA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA MATERIA. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA COMPETENCIA JUDICIAL Y LOS CRITERIOS PARA FIJARLA

Es concepto generalizado en la doctrina que la *competencia* corresponde a la facultad o medida que tiene el juez para ejercer, por autoridad de la Constitución y la ley, en precisos y determinados asuntos, la *jurisdicción* de la que es investido. Esta última figura, por su parte, se concreta en la función pública de administrar justicia que se otorga a los distintos órganos que integran las jurisdicciones previstas en el ordenamiento jurídico¹,

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con especializaciones en Derecho Comercial, Derecho Administrativo y Política Públicas con Enfoque de Género, y con estudios de Maestría en Gobernanza y Derechos Humanos, y Derecho Constitucional. Correo electrónico: polo43599@gmail.com Otras publicaciones adicionales se pueden consultar en: <https://polo43599.wixsite.com/website>

¹ Colombia, Constitución Política, artículos. 116, 234, 235, 236, 237, 238, 241, 246 y 247; y Colombia, Congreso de la República, ley 270 de 1996, artículo 11.

sobre la base del desarrollo de un proceso y como expresión del atributo de la soberanía inherente al Estado².

La competencia es entonces una clara emanación de la jurisdicción³, pues a través de ella se fija qué juez tiene autoridad para juzgar y sentenciar un caso dentro de la multiplicidad de negocios que demandan una definición judicial. Se trata de una relación construida bajo la lógica de género y especie, de ahí que, si bien la competencia para conocer de un proceso lleva envuelta necesariamente la jurisdicción, no quien ejerce esta última está habilitado para conocer indistintamente de todos los asuntos que se someten a la administración de justicia.

Por lo anterior, desde el punto de vista del sujeto, se aprecia que cada persona tiene el derecho de ser juzgado por el juez al cual el Estado le ha otorgado la función judicial⁴, entendiendo que dicho poder, por razón de la competencia, se concreta y limita en la Constitución y la ley, en el sentido de otorgar la capacidad de definición de un conflicto a uno solo o varios jueces específicos, a partir de la división que entre ellos se haga, según la naturaleza del asunto o por razón del hecho, del territorio donde ha tenido ocurrencia o de las personas que se juzgan.

² Sobre el particular, la doctrina ha señalado que: “El poder de juzgar como expresión de la soberanía se manifiesta de manera absoluta, puesto que solamente aquellas personas investidas de autoridad para juzgar lo pueden hacer y sus decisiones una vez ejecutoriadas adquieren el valor de cosa juzgada. O sea, las decisiones se transforman en expresiones inmodificables, absolutas. Se satisface así el interés público del Estado; se realiza el derecho (*jurisdictio*) puesto que en la decisión jurisdiccional se declara o se aplica la norma en función de los hechos que son materia de proceso. Jurisdicción significa el poder de los que tienen derecho de juzgar. Tener ese derecho implica soberanía porque esta deriva del Estado, y aún más, deriva de la voluntad popular según los cánones orgánicos contenidos en la Constitución”. OVIEDO, Amparo A. *Fundamentos del Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso*. Bogotá: Temis, 1995, pp. 12-13.

³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso, Parte General*. Bogotá: Dupre Editores Ltda., 2016, p. 230.

⁴ Esto se traduce en el denominado *derecho a la tutela judicial efectiva*, por virtud del cual la persona tiene la facultad de acudir ante un juez para demandar que, con base en la normatividad vigente, se haga justicia en un caso determinado, previendo la garantía de que esa definición se traducirá en una real y oportuna de decisión judicial, la cual será susceptible de ejecución en caso de incumplimiento. Sobre la materia se puede consultar: Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, expediente D-3798.

De esta manera, cuando el artículo 29 de la Constitución dispone que nadie podrá ser juzgado sino ante *juez o tribunal competente*, quiere decir que simultáneamente el juez debe tener el poder para juzgar (*jurisdicción*) y que el mismo se debe ejercitar dentro de los límites señalados por el ordenamiento jurídico (*competencia*), por lo que, como lo indica la doctrina, “el juez o tribunal no puede ejercer jurisdicción sino hasta el límite de la competencia que la ley señala, pues, en últimas, la competencia viene a ser el ejercicio de la jurisdicción de manera concreta”⁵.

Para atribuir la competencia entre los jueces se han utilizado tradicionalmente cinco criterios: objetivo, subjetivo, territorial, funcional y de conexión. En el primero de ellos, esto es, el *objetivo*, la competencia se determina en atención a la naturaleza del asunto o de su cuantía. Así, por ejemplo, en temas constitucionales, entre otros, se le confía a la Corte Constitucional la revisión automática de constitucionalidad de los decretos legislativos (CP artículos 241.7, 214.6 y parágrafo del artículo 215); mientras que, al Consejo de Estado, le compete el control, por vía de demanda ciudadana, de los decretos dictados por el Gobierno, cuya competencia no le corresponda a la Corte, derivados del ejercicio de una función administrativa y siempre que se acredite su oposición directa con los mandatos de la Carta⁶.

Por su parte, el factor *subjetivo* toma en cuenta la calidad de las personas que intervienen en el proceso, principalmente cuando se trata de personas jurídicas de derecho público. De esta manera, en el campo constitucional se advierte que, a manera de ejemplo, el conocimiento de las pretensiones de cumplimiento y de protección de los derechos e intereses colectivos se reservan, en primera instancia, a los tribunales administrativos, siempre que la controversia se dirija contra autoridades del orden nacional o personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas⁷, con lo cual la segunda instancia, de existir, le corresponderá al Consejo de Estado. Por su parte, cuando

⁵ MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General*, 8ª Edición, Bogotá: Editorial ABC, 1983, p. 35.

⁶ Colombia, Constitución Política, artículo 237.2, Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, artículo 135 y Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-400 del 3 de julio de 2013, M.P. Nilson Pinilla, expediente D-9392.

⁷ Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, artículo 152.14.

las autoridades son del nivel departamental, distrital, municipal o local o se trata de personas privadas que actúen en ese mismo rango, la competencia se otorga a los jueces administrativos en primera instancia⁸ y, por ende, la impugnación se someterá a la valoración de los tribunales administrativos.

El factor *funcional* atiende a la asignación de la competencia en virtud de las atribuciones concretas que se le confieren al juez en el proceso, de suerte que una causa se otorga en respuesta a la división *vertical* de la jurisdicción, conforme al derecho a la doble instancia⁹ y a la existencia de recursos extraordinarios¹⁰. En palabras de la doctrina, “[s]e tiene así que la determinación de la competencia, en lo que al concepto de instancias se refiere (...) adscribe a funcionarios diferentes el conocimiento de los asuntos, partiendo de la base esencial de que existen diversos grados jerárquicos dentro de quienes administran justicia. // No significa lo anterior que los funcionarios puedan ser exclusivamente de primera o de segunda instancia puesto que se presenta con frecuencia que algunos tengan la doble función, es decir ser jueces de primera instancia para ciertos procesos y de segunda para otros (...)”¹¹.

El factor *territorial* determina la competencia de los jueces por razón de la circunscripción del espacio físico geográfico en el que ejercen jurisdicción, con exclusión del resto de jueces del mismo grado y categoría que existen en el país. Para determinar este factor se tienen en cuenta, entre otros, (i) el lugar del domicilio del demandante o del demandado; (ii) el sitio en el que se produce la violación o amenaza de un derecho, o en el que se constatan sus efectos; o (iii) el territorio en el que se sitúa un bien.

Finalmente, el factor por *conexión* se produce, generalmente, por razón de la acumulación de un proceso, en el que el juez llega a ser competente de un asunto respecto del cual inicialmente no lo era, por la atracción que produce otro en el que sí tiene competencia. No obstante, el elemento de vinculación o relación con una causa

⁸ Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, artículo 155.10.

⁹ “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre a ley. (...)” Colombia, Constitución Política, artículo 31.

¹⁰ Colombia, Constitución Política, artículo 235.1.

¹¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso, Parte General*, pp. 255-256.

puede extenderse a hipótesis distintas, como cuando la ley dispone que el juez de ejecución sea el mismo de conocimiento.

Antes de abordar el siguiente acápite de este documento, cabe señalar que la competencia se establece igualmente de manera *privativa* o de forma *preventiva*. En el primer caso, solo hay un juez que puede conocer de un asunto, excluyendo la jurisdicción de los demás; a diferencia de lo que ocurre en el segundo evento, en el que existen varios jueces competentes, de manera que el primero que avoca o admite el conocimiento de un asunto, excluye o priva a los demás de poder tramitar el respectivo proceso.

2. LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA Y LAS CONSECUENCIAS POR SU INOBSERVANCIA

Los conflictos de competencia corresponden a controversias de tipo formal, las cuales giran en torno a definir la autoridad judicial habilitada para asumir el conocimiento de un proceso. Los conflictos se pueden suscitar de oficio o a petición de parte, sin que se afecte la validez de las actuaciones cumplidas hasta el momento en que se proponen, salvo la sentencia que se hubiere proferido por falta de competencia por los factores subjetivo y funcional¹². En todo, es preciso señalar que el desacuerdo puede consistir en que cada uno de ellos sostenga que es competente para conocer del asunto, o que cada uno de ellos exponga que carece de dicha atribución. En el primer caso, se trata de un conflicto de competencia *positivo*, y en el segundo de uno *negativo*.

En lo que corresponde a las consecuencias que se derivan de la inobservancia de las reglas sobre competencia, cabe señalar que el ordenamiento jurídico prevé las siguientes: (i) con carácter preventivo, la posibilidad de invocar de oficio o por solicitud de parte, el trámite de un incidente de definición de competencia, a través del cual una autoridad jerárquica superior común a las dos que se encuentran en conflicto, decide a quien le corresponde conocer, tramitar o continuar con el desarrollo de un determinado proceso¹³. En caso de que no se acuda a esta herramienta, (ii) cabe

¹² Colombia, Congreso de la República, ley 1564 de 2012, artículo 16.

¹³ Al referirse a la jurisdicción ordinaria, la ley 270 de 1996 dispone lo siguiente: "Artículo 18. Conflictos de competencia. Los conflictos de competencia que se susciten

proponer un incidente de nulidad apoyado, precisamente, en la “falta de competencia”¹⁴, evento en el cual la invalidez cobijara (a) a la sentencia que se hubiere proferido con incumplimiento de los factores subjetivo y funcional, al considerarse por la ley que se trata de criterios improrrogables, (b) así como a las actuaciones que se hubiesen adelantado con posterioridad a la declaratoria de incompetencia¹⁵. Por último, (iii) la ley preserva como alternativa de cierre la invocación del recurso extraordinario de revisión, para los casos en que es procedente la nulidad de una sentencia (factores subjetivo y funcional) y siempre que dicha providencia no hubiese sido susceptible de recursos en el orden interno¹⁶.

entre autoridades de la jurisdicción ordinaria que tengan distinta especialidad jurisdiccional y que pertenezcan a distintos distritos, serán resueltos por la Corte Suprema de Justicia en la respectiva Sala de Casación que de acuerdo con la ley tenga el carácter de superior funcional de las autoridades en conflicto, y en cualquier otro evento por la Sala Plena de la Corporación. // Los conflictos de la misma naturaleza que se presenten entre autoridades de igual o diferente categoría y pertenecientes al mismo Distrito, serán resueltos por el mismo Tribunal Superior por conducto de las Salas Mixtas integradas del modo que señale el reglamento interno de la Corporación”. Colombia, Congreso de la República, ley 270 de 1996, artículo 18.

¹⁴ Colombia, Congreso de la República, ley 1564 de 2012, artículo 133.1.

¹⁵ La regulación sobre la materia existente en el Código General del Proceso, es del tenor que a continuación se transcribe: “Artículo 16. Prorrogabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción y la competencia. La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo. // La falta de competencia por factores distintos del subjetivo o funcional es prorrogable cuando no se reclame en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente”. “Artículo 138. Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará. // La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas. // El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse”. Sobre el particular se puede consultar: Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-537 del 5 de octubre de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo, expediente D-11271.

¹⁶ Colombia, Congreso de la República, ley 1564 de 2012, artículo 355.8.

Este régimen, por lo general, se aplica en los distintos procesos de los que conocen las diferentes jurisdicciones, siempre que no se prevea para el efecto un trato especial o que el mismo se infiera de las características específicas que identifican a un determinado proceso, como suele suceder con los procesos constitucionales, en los que, por ejemplo, no cabe el ejercicio del recurso extraordinario de revisión.

3. EL RÉGIMEN GENERAL DE COMPETENCIA EN MATERIA DE TUTELA

Según el artículo 86 de la Constitución: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los *jueces*, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. Por virtud de esta disposición se considera que son *jueces de tutela* todos aquellos que integran las distintas jurisdicciones previstas en el ordenamiento jurídico, (i) sin importar su denominación o calificación jurídica (jueces civiles, jueces laborales, jueces penales, jueces administrativos, tribunales superiores, tribunales administrativos, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) y (ii) teniendo en cuenta el nivel jerárquico en el que se ubican (distritos judiciales, circuitos y municipios¹⁷), quienes, por tal razón, se incluyen dentro la *jurisdicción constitucional*, en los términos de los artículos 11 y 43 de la ley 270 de 1996, esto es, desde una perspectiva orgánica y funcional¹⁸.

¹⁷ “Artículo 50. *Desconcentración y división del territorio para efectos judiciales.* Con el objeto de desconcentrar el funcionamiento de la administración de justicia, y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, para efectos judiciales, el territorio de la nación se divide en distritos judiciales o distritos judiciales administrativos y éstos en circuitos. En la jurisdicción ordinaria, los circuitos estarán integrados por jurisdicciones municipales. // La división judicial podrá no coincidir con la división político administrativa y se hará procurando realizar los principios de fácil acceso, proporcionalidad de cargas de trabajo, proximidad y fácil comunicación entre los distintos despachos, cercanía del juez con los lugares en que hubieren ocurrido los hechos, oportunidad y celeridad del control ejercido mediante la segunda instancia y suficiencia de recursos para atender la demanda de justicia.” Colombia, Congreso de la República, ley 270 de 1996, artículo 50.

¹⁸ Desde el punto de vista *orgánico*, las jurisdicciones se integran por los jueces que la Constitución y la ley disponen como parte de cada uno de tales componentes de la Rama Judicial (v.gr. la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción de lo contencioso administrativo) siguiendo, para el efecto, un estricto orden *jerárquico*, con implicaciones procesales y sustanciales, como ocurre con la posibilidad de

En todo caso, cabe aclarar que la habilitación que la Constitución realiza se circunscribe a los jueces de la República, siempre que ellos no tengan una competencia limitada dentro del Texto Superior, lo que excluye de la condición de ser jueces de tutela, en primer lugar, a quienes ejercer función jurisdiccional por fuera de la Rama Judicial, como ocurre con las autoridades administrativas¹⁹, el Congreso de la República, la justicia penal militar²⁰ y la justicia arbitral²¹; y, en segundo lugar, a quienes, sí bien se integran a la

conocer de incidentes y recursos, así como de estar sometido al deber de seguir los precedentes de los órganos de cierre. Este criterio se consagra en el artículo 11 de la ley 270 de 1996 y fue objeto de control constitucional en la sentencia C-713 de 2008, dando lugar a que se entendiese que, en su componente orgánico, la jurisdicción constitucional esté compuesta, como superior jerárquico, por la Corte Constitucional, seguida, conforme a la división territorial y jerárquica de cada jurisdicción, por los jueces y corporaciones que deban proferir decisiones de tutela. Por su parte, desde el punto de vista *funcional*, lo que se examina son las competencias o materias que les asisten a los jueces, sin importar los vínculos que existan entre ellos y sin que sea necesaria la consagración de una relación de carácter jerárquico. El artículo 43 de la ley 270 de 1996 establece esta modalidad en lo que respecta a la jurisdicción constitucional, en los siguientes términos: “Artículo 43. Estructura de la jurisdicción constitucional. La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política. El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. // También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales”.

¹⁹ En la medida en que las autoridades administrativas solo pueden resolver controversias entre particulares, es innegable que su margen de acción excluye una eventual habilitación excepcional para conocer de la acción de tutela, la cual, por regla general, tiene como legitimado por pasiva a las autoridades públicas.

²⁰ Desde el año 1994, la Corte Constitucional ha sostenido que: “Los argumentos expuestos demuestran que la acción de tutela escapa el conocimiento de la justicia penal militar. Sostener lo contrario implicaría violar la Constitución por uno de estos dos aspectos: o por someter a los civiles a la investigación y el juzgamiento de la justicia penal militar (artículo 213, inciso final), o por ampliar el ámbito de ésta a asuntos que no le están asignados por la Constitución (artículo 221)”. Colombia, Corte Constitucional, auto 012 del 1° de agosto de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, expediente T- 35.095.

²¹ La Corte Constitucional ha advertido que el artículo 116 de la Constitución, “al definir los órganos que integran las distintas jurisdicciones y al hacer referencia a la posibilidad que tienen los particulares de administrar justicia como árbitros, consagra la exigencia de que su competencia provenga de la ‘habilitación’ realizada por ‘las partes’. Esto implica que la controversia tiene que repercutir directamente sobre los sujetos que acuden al arbitraje, limitando la definición del conflicto a un interés meramente subjetivo. Esto significa que, por un lado, la resolución de la

Rama, tienen un competencia especial o limitada por la propia Carta, como sucede con los jueces de paz²² y la jurisdicción especial indígena²³. Por lo demás, la Corte Constitucional –por mandato de la Carta– cumple exclusivamente un rol de revisión²⁴, por lo que no puede instaurarse ante ella tutela alguna, pues no es posible ser al mismo tiempo juez de instancia y juez de revisión²⁵.

disputa no puede tener ningún tipo de efecto por fuera del ámbito exclusivo de las personas que acuden a esta modalidad de justicia (se trata de decisiones *inter partes*). Y, por el otro, que al tener su origen en una manifestación de voluntad de la cual depende la ‘*habilitación*’, para efectos de su obligatoriedad, es preciso que se cumplan con las exigencias propias de toda declaración del consentimiento, esto es, que provenga de una persona capaz, que esté libre de vicios, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita. Por virtud de lo anterior, no resulta posible someter a arbitramento aspectos de interés general, que repercutan en terceros y cuya definición produzca efectos *erga omnes*, como ocurre con las disputas de orden constitucional o que incluyan asuntos de orden público.” Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-081 del 26 de febrero de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente T-4.224.881.

²² Los jueces de paz resuelven conflictos con base en la equidad, como lo dispone el artículo 247 del Texto Superior. Por ello, el artículo 9 de la ley 497 de 1999 dispone que: “*Artículo 9. Competencia.* Los jueces de paz conocerán de los conflictos que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley, en cuantía no superior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante, *los jueces de paz no tendrán competencia para conocer de las acciones constitucionales y contencioso-administrativas, así como de las acciones civiles que versen sobre la capacidad y el estado civil de las personas, salvo el reconocimiento voluntario de hijos extra matrimoniales. (...)*”. Énfasis por fuera del texto original.

²³ Sobre el particular, la Constitución consagra en el artículo 256 que las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, *siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República*. Sobre la base de esta última consideración, la expresión “*jueces*” del artículo 86 de la Carta, que regula la acción de tutela, se ha interpretado con un alcance limitado, en el sentido de incluir específicamente a quienes, en principio, tienen tal denominación dentro de las distintas jurisdicciones, como lo prevé el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: “Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, *los jueces o tribunales con jurisdicción* en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que motivare la presentación de la solicitud”, por lo que se excluye de dicha condición a las autoridades indígenas. Así lo señaló la Corte Constitucional en el auto 318 de 2006.

²⁴ Colombia, Constitución Política, artículos 86 y 241.9.

²⁵ Tal distinción se puso de presente en el auto 100 de 2008 de la Corte Constitucional, en el que, con ocasión del conflicto sobre la procedencia o no de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte Suprema de Justicia tenía la postura (ya reevaluada), de que tal actuación no era posible contra providencias proferidas

Sobre la base de lo expuesto, y con la finalidad de organizar la respuesta de la jurisdicción constitucional a las demandas de amparo, se han previsto en varias normas con fuerza de ley²⁶, algunos de los factores mencionados en el presente documento, con miras a establecer reglas de competencia en materia de tutela²⁷.

(i) Así, en primer lugar, conforme al factor *territorial*, son competentes, a *prevención*, los jueces con competencia territorial en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que motivare la presentación de la solicitud, conforme lo dispone el inciso 1° del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991. La prevención supone, como se explicó anterioridad, que el primer juez que asume el conocimiento, excluye a los demás que también podrían ser competentes para su tramitación. En materia de tutela, esto se traduce en que este criterio se guía, por excelencia, por la autoridad judicial que haya sido elegida por el demandante al momento de radicar su solicitud. Por ejemplo, si en el texto de la demanda se prefiere a los jueces civiles del circuito de Bogotá (reparto), su asignación no podría

por dicha corporación, y en caso de conocer de una tutela con ese objeto procedía a su *archivo*, sin cumplir con el deber de remitirla a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Este último tribunal consideró que tal actuación vulneraba la tutela judicial efectiva y concluyó, con efectos *inter pares*, que los ciudadanos puestos en tal situación tenían el derecho a escoger una de las siguientes alternativas: (i) acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluyendo una corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante una acción de tutela la protección del derecho fundamental que consideraban vulnerado con la actuación de una de las Salas de Casación de dicha Corte o (ii) solicitar a la Secretaría General de la Corte Constitucional, que radicara para selección la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la cual se hubiese concluido que la acción de tutela era absolutamente improcedente, acompañada de la correspondiente acción de tutela y de la providencia objeto de la misma, con el propósito de que sometiese el trámite fijado en las normas correspondientes al proceso de selección para eventual revisión.

²⁶ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2591 de 1991, artículo 37; Colombia, Congreso de la República, ley 1922 de 2018, artículo 53; Colombia, Congreso de la República, ley 1957 de 2019, arts. 96, 97, 145 y ss.

²⁷ Esta posibilidad fue avalada por la Corte Constitucional, al considerar que la facultad de los jueces de tutela para conocer de un determinado asunto por la vía del amparo, no constituye una potestad ilimitada, abierta o absoluta, pues la propia Constitución autoriza al legislador para, con sujeción a las reglas del debido proceso y del principio de legalidad, fijar reglas de conocimiento en los asuntos judiciales de carácter procedimental. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-054 del 18 de febrero de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, expediente D-117.

dirigirse a los jueces de familia o a los jueces laborales del circuito, a pesar de encontrarse en el mismo nivel jerárquico.

(ii) En segundo lugar, siguiendo el factor *subjetivo*, se advierten dos reglas de competencia: (a) conforme a la primera, el inciso 3 del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 dispone que el conocimiento de las acciones de tutela contra la prensa y los demás medios de comunicación, será de competencia de los jueces del circuito del lugar en donde éstos se encuentren ubicados; y (b) en virtud de la segunda, el artículo 8 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 establece que las acciones de tutela contra los actos y omisiones de los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), incluidas sus providencias y sentencias, serán de competencia del Tribunal para la Paz, “único competente para conocer de ellas”²⁸. En este caso, la primera instancia será decidida por la sección de revisión y la segunda por la sección de apelación²⁹. Con ocasión del examen de

²⁸ Colombia, Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 8 transitorio.

²⁹ El desarrollo de este mandato se advierte en las leyes 1922 de 2018 y 1957 de 2019. En esta última se establece, en el artículo 91, que el Tribunal para la Paz tendrá cinco secciones: (i) una sección de primera instancia en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad, que proferirá sentencias a partir de dichas conductas; (ii) una sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, en donde se celebrarán juicios contradictorios y se proferirán sentencias, absolutorias o condenatorias; (iii) una sección de revisión de sentencias, con la función básica de verificar que las decisiones adoptadas por la justicia ordinaria con anterioridad a la entrada en vigencia de la JEP, se ajusten a las medidas adoptadas conforme al mencionado Acto Legislativo 01 de 2017; (iv) una sección de apelación para decidir las impugnaciones de las sentencias proferidas por cualquiera de las secciones de primera instancia; y (v) una eventual sección de estabilidad y eficacia de las resoluciones y sentencias adoptadas por la JEP, que asegurara su cumplimiento, cuando el citado órgano cumpla su límite temporal. El artículo 147 de la referida ley 1957 de 2019, reitera la regla constitucional de competencia judicial ya explicada, cuando señala que: “La petición de acción de tutela deberá ser presentada ante el Tribunal para la Paz, único competente para conocer de ellas. La primera instancia será decidida por la sección de revisión. La segunda por la sección de apelaciones”, lo cual es concordante con lo dispuesto en los artículos 96, literal c), y 97, literal k), del mismo régimen normativo. En todo caso, cuando la controversia se dirige contra las secciones previamente señaladas, se establece una regla supletoria en el artículo 53 de la ley 1922 de 2018, según la cual: “Cuando la acción de tutela se interponga contra una providencia proferida por la sección de revisión corresponderá conocer de ella a la sección de primera instancia para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad. La segunda instancia, a la sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad en la eventualidad de que la sección de apelación se encontrare impedida”.

constitucionalidad sobre el citado acto legislativo, esta última regla de competencia en nada altera la atribución de revisión en cabeza de la Corte Constitucional, la cual sigue siendo independiente y autónoma, conforme al régimen legal y reglamentario existente sobre la materia³⁰.

(iii) Por último, se consagra igualmente la aplicación del factor *funcional*, el cual solo se activa frente al conocimiento de las acciones de tutela de segunda instancia. En concreto, respecto de su regulación, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 dispone que, presentada debidamente la impugnación de lo resuelto en primera instancia, el juez deberá remitir el expediente “al superior jerárquico correspondiente”. Esta última autoridad se determina siguiendo los términos de la jurisdicción (ordinaria o de lo contencioso administrativo) y especialidad (civil, penal, laboral, etc.) de la que haga parte el juez³¹.

4. LAS REGLAS DE REPARTO EN MATERIA DE TUTELA

Ante la amplitud de los jueces habilitados para dar curso a los procesos de tutela, y de las críticas que por algunos sectores se formulaban, entre otras, respecto de la posibilidad de los jueces municipales de dictar órdenes frente a entidades del orden nacional o de conocer de solicitudes de amparo contra providencias proferidas por las Altas Cortes, sin tener en cuenta la estructura jerárquica de la Rama Judicial, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1382 de 2000, con el fin de señalar unos criterios de reparto en la asignación de las demandas de tutela, buscando estandarizar y unificar su conocimiento, en desarrollo de los principios de igualdad de trato y seguridad jurídica.

Aun cuando el citado decreto fue seriamente cuestionado durante sus primeros años por razones de constitucionalidad, al entender, en un principio, que consagraba y alteraba las reglas de competencia señaladas en la Constitución y en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, llegando incluso a su inaplicación con efectos

³⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-674 del 14 de noviembre de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente RPZ-003.

³¹ Colombia, Corte Constitucional, auto 493 del 8 de agosto de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, expediente ICC-3394.

inter pares por la Corte Constitucional³², lo cierto es que el Consejo de Estado, como autoridad competente para examinar su validez, dado su carácter reglamentario, lo declaró, en general, ajustado al ordenamiento jurídico³³, recobrando su carácter vinculante como parámetro fundamental para asignar el conocimiento y trámite de las acciones de tutela.

Si bien en los años siguientes a dicha declaratoria que ocurrió en el año 2002, no existía claridad ni uniformidad sobre el alcance de las reglas de reparto, asimilándolas en principio a factores de competencia y, por ello, generando conflictos en esa materia y dando lugar a la declaratoria de nulidades³⁴, lo cierto es que tal postura se corrigió con el auto 124 de 2009 de la Corte Constitucional³⁵, en la que se adoptó una lectura procesal acorde con el carácter informal de la acción de tutela y fundada en los principios de eficacia y celeridad que la gobiernan.

Como punto de partida, se retomó el mandato conforme al cual la asignación de competencias en materia de tutela le compete al Congreso y, en particular, al legislador estatutario (CP artículo 152), por lo que el Presidente de la República, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria dispuesta en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, tan solo le asiste la posibilidad de establecer reglas de reparto, como lineamientos o parámetros que aseguren una distribución equitativa en el conocimiento de las acciones entre los distintos jueces de la República, en concordancia con los principios de eficacia, igualdad de trato y seguridad jurídica, siempre que cumplan –por lo menos– con dos exigencias. La primera, consistente en que deben ser acordes con el principio de desconcentración que rige el funcionamiento de la administración de justicia (CP artículo 228)³⁶. Y, la segunda, por virtud de la cual

³² Colombia, Corte Constitucional, auto 071 del 27 de febrero de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, expediente ICC-235.

³³ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 18 de julio de 2002, consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, expediente 6414.

³⁴ Véanse, entre otros, los autos 159A de 2003, 001 de 2004, 042 de 2004 y 170 de 2006.

³⁵ Colombia, Corte Constitucional, auto 124 del 25 de marzo de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto, expediente ICC-1404.

³⁶ Siguiendo esta lectura, el Consejo de Estado declaró la nulidad del precepto que le asignaba al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el conocimiento de todas las acciones de tutela originadas en la aplicación de actos administrativos

deben preservar la regla de competencia a “*prevención*” que tiene respaldo en el artículo 86 del Texto Superior, y que se impone en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

Como las reglas de reparto son entonces el resultado del ejercicio de una atribución estrictamente reglamentaria, por medio de ellas no se pueden establecer factores de competencia, ni modificar los que se encuentran actualmente vigentes. En este sentido, se ha entendido que tales reglas se encaminan de forma exclusiva a la estructuración de pautas que deben ser utilizadas por las oficinas de apoyo judicial, cuando distribuyen las acciones de tutela entre los distintos despachos judiciales a los que les asiste competencia. Para la Corte Constitucional, “[l]as reglas de reparto organizan la distribución de los asuntos entre varios jueces competentes por razón del principio de desconcentración, más no determinan concretamente el juez o jueces que, de acuerdo con la ley, pueden resolver de fondo la controversia sobre los derechos fundamentales que sea puesta bajo su conocimiento”³⁷.

Por lo anterior, y como se señaló, desde el auto 124 de 2009, se ha consolidado la jurisprudencia por virtud de la cual el Decreto 1382 de 2000 no fija reglas de competencias en materia de tutela, por lo que ninguna autoridad puede invocar sus disposiciones para declarar su incompetencia en el conocimiento de un asunto o para decretar la nulidad de lo actuado. Su objeto consiste en brindar pautas que deben ser observadas por las oficinas de apoyo judicial, cuando distribuyen las acciones entre los diferentes despachos judiciales. Desde la citada providencia, se han reiterado siguientes subreglas jurisprudenciales:

de contenido general (inciso 4 del numeral 1° del Decreto 1382 de 2000). Al respecto, dijo lo siguiente: “De acuerdo con lo ya expuesto, el inciso cuarto del numeral 1° acusado, que reserva al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la competencia para las acciones de tutela contra la aplicación de un acto administrativo de carácter general, es como lo señalan los actores, ostensiblemente contrario al principio de desconcentración de la administración de justicia enunciado en el artículo 228 de la Constitución Política”. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 18 de julio de 2002, consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, expediente 6414.

³⁷ Colombia, Corte Constitucional, auto 176 del 26 de abril de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente ICC-2325.

“(i) Un error en la aplicación o interpretación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 puede llevar al juez de tutela a declararse incompetente (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). La autoridad judicial debe, en estos casos, remitir el expediente al juez que considere competente con la mayor celeridad posible.

(ii) Una equivocación en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000 no autorizan al juez de tutela a declararse incompetente y, mucho menos, a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia. El juez de tutela debe, en estos casos, tramitar la acción o decidir la impugnación, según el caso.

(iii) Los únicos conflictos de competencia que existen en materia de tutela son aquéllos que se presentan por la aplicación o interpretación del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). (...)

(iv) Ninguna discusión por la aplicación o interpretación del Decreto 1382 de 2000 genera conflicto de competencia (...).”

Con base en la explicación realizada, cabe señalar que las reglas de reparto consagradas originalmente en el Decreto 1382 de 2000 han sido objeto de varias modificaciones, sin alterar el alcance que respecto de ellas se fijó por la Corte Constitucional en el citado auto 124 de 2009. Su tenor literal, previsto en el Decreto 333 de 2021, que modificó el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, es el siguiente:

“*Artículo 1º.* Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015. Modifíquese el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el cual quedará así: *Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela.* Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental,

distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.

2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.

3. Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones del Contralor General de la República, del Procurador General de la Nación, del Fiscal General de la Nación, del Registrador Nacional del Estado Civil, del Defensor del Pueblo, del Auditor General de la República, del Contador General de la Nación, del Consejo Nacional Electoral, así como, las decisiones tomadas por la Superintendencia Nacional de Salud relacionadas con medidas cautelares y de toma de posesión e intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar, de cesación provisional, o de revocatoria total o parcial de habilitación o autorización de funcionamiento, con fundamento en los artículos 124 y 125 de la ley 1438 de 2011, serán repartidas, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o a los Tribunales Administrativos.

4. Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones de los Fiscales y Procuradores serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad judicial ante quien intervienen. Para el caso de los Fiscales que intervienen ante Tribunales o Altas Cortes, conocerán en primera instancia y a prevención, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Para el caso de los Procuradores que intervienen ante Tribunales o Altas Cortes, conocerán en primera instancia y a prevención, los Tribunales Administrativos.

5. Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.

6. Las acciones de tutela dirigidas contra los Consejos Seccionales de la Judicatura y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

7. Las acciones de tutela dirigidas contra la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán repartidas, para su

conocimiento en primera instancia, a la misma Corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 2.2.3.1.2.4 del presente decreto³⁸.

8. Las acciones de tutela dirigidas contra el Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, a la Corte Suprema de Justicia o al Consejo de Estado, y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 2.2.3.1.2.4 del presente decreto.

Cuando se trate de acciones de tutela presentadas por funcionarios o empleados judiciales, que pertenezcan o pertenecieron a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y cuando se trate de acciones de tutela presentadas por funcionarios o empleados judiciales, que pertenezcan o pertenecieron a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el conocimiento corresponderá a la jurisdicción ordinaria. En los demás casos de tutelas promovidas por funcionarios o empleados judiciales, las acciones de tutela serán conocidas por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado.

9. Las acciones de tutela dirigidas contra los Tribunales de Arbitraje serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a la autoridad judicial que conoce del recurso de anulación.

10. Las acciones de tutela dirigidas contra autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conforme al artículo 116 de la Constitución Política, serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

³⁸ Tal norma señala que: “Los reglamentos internos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado podrán determinar que los asuntos relacionados con el conocimiento de la impugnación de fallos de acción de tutela sean resueltos por salas de decisión, secciones o subsecciones conformadas para tal fin. Así mismo determinará la conformación de salas de decisión, secciones o subsecciones para el conocimiento de las acciones de tutela que se ejerzan contra actuaciones de la propia corporación, a las que se refiere el numeral 7 del artículo 2.2.3.1.2.1 del presente decreto. *Parágrafo 1.* Estos reglamentos internos deberán prever los asuntos relacionados en los numerales 8 y 12 del artículo 2.2.3 .1.2 .1 del Decreto 1069 de 2015.”

11. Cuando la acción de tutela se promueva contra más de una autoridad y estas sean de diferente nivel, el reparto se hará al juez de mayor jerarquía, de conformidad con las reglas establecidas en el presente artículo.

12. Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones del Presidente de la República, incluyendo las relacionadas con seguridad nacional, así como, las actuaciones administrativas, políticas, programas y/o estrategias del Gobierno nacional, autoridades, organismos, consejos o entidades públicas relacionadas con la erradicación de cultivos ilícitos, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, al Consejo de Estado.

Parágrafo 1. Si conforme a los hechos descritos en la solicitud de tutela el juez no es el competente según lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, este deberá enviarla al juez que lo sea a más tardar al día siguiente de su recibo, previa comunicación a los interesados.

Parágrafo 2. *Las anteriores reglas de reparto no podrán ser invocadas por ningún juez para rechazar la competencia o plantear conflictos negativos de competencia.*

Parágrafo 3. Las reglas de repartos previstas en este artículo no restringen el acceso a la administración de justicia. Las personas pueden interponer la acción de tutela ante cualquier juzgado, el cual tendrá la obligación de remitir el caso a la corporación judicial que corresponda. También se podrá solicitar la asistencia del Defensor del Pueblo o de los personeros municipales para interponer la acción de tutela.

El Defensor del Pueblo o los personeros municipales, en el marco de sus competencias, deberán presentar la acción de tutela a la corporación judicial que corresponda el caso, de conformidad con las reglas de reparto previstas en el presente decreto." (Énfasis por fuera del texto original).

Finalmente, es preciso advertir que mediante el Decreto Reglamentarios 1834 de 2015 se introdujo una nueva regla de reparto con el propósito de brindar una respuesta jurídica frente a la presentación masiva de acciones de tutela originadas por una misma acción y omisión de una entidad pública o de un particular, práctica comúnmente conocida como *la tutelatón*. Los

objetivos de esta nueva regla de reparto son los de asegurar el principio de igualdad de trato y el de adoptar medidas para evitar fallos contradictorios, en contravía de los principios de seguridad jurídica, economía y eficacia procesal.

La regulación se concreta en tramitar un solo proceso (mediante la figura de la acumulación procesal), siempre que no se haya proferido sentencia, o de que se le otorgue al mismo juez que conoció por primera vez del asunto, el reparto del resto de acciones que respondan al fenómeno de la presentación masiva. De ahí que, la tutelaton puede ocurrir en un solo momento o de forma sucesiva en el tiempo, pero su trámite y definición siempre le corresponderá a un mismo juez. La condición para que las tutelas puedan ser objeto de las reglas de reparto por una presentación masiva, es que debe advertirse en ellas una triple identidad, esto es, de objeto, causa y parte pasiva. El *objeto* supone la equivalencia en el contenido del derecho fundamental sobre el cual recae el hecho vulnerador o amenazante. La *causa* debe corresponder a la misma situación fáctica que motiva la solicitud de amparo. Y, la *parte pasiva*, sugiere que exista identidad en la entidad pública demandada o en el particular cuestionado por la vía de la tutela.

Los primeros responsables en asegurar la correcta aplicación de esta regla de reparto son las oficinas que cumplen con dicho propósito y, en caso de que ello no ocurra, correrá por cuenta del demandado advertir al juez de dicha situación, para que éste lo remita a la autoridad que ya conoció de la controversia. La Corte Constitucional ha sido también insistente en advertir que estas reglas no pueden suscitar conflictos de competencia y que conllevan a un examen especial, en el que debe tenerse en cuenta (i) las pretensiones de los escritos de tutela; (ii) la comprensión amplia del factor territorial, y (iii) la competencia adquirida por el juez que conoció del asunto en primer lugar³⁹.

³⁹ El marco regulatorio, integrado al Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, dispone lo siguiente: “Artículo 2.2.3.1.3.1. *Reparto de acciones de tutela masivas.* Las acciones de tutela que persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular se asignarán, todas, al despacho judicial que, según las reglas de competencia, hubiese avocado en primer lugar el conocimiento de la primera de ellas. // A dicho Despacho se remitirán las tutelas de iguales características que con posterioridad se presenten, incluso después

5. LA DEFINICIÓN DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA EN TUTELA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA MATERIA

Para cerrar el presente documento, cabe destacar que ni la Constitución ni la ley asignan de forma expresa el conocimiento de los conflictos de competencia en materia de tutela a autoridad alguna. Sin embargo, desde el auto 016 de 1994, reiterado por el auto 017 de 1995, la Corte Constitucional ha dicho que el silencio del derecho positivo no puede convertirse en un obstáculo insalvable para resolverlos, por lo que debe recurrirse en este caso a la analogía.

Como se advirtió con anterioridad, el derecho procesal atribuye la resolución de los conflictos de competencia a los superiores jerárquicos comunes de los jueces involucrados, y es por ello que la Corte Constitucional ha considerado que los conflictos de competencia que se originen en materia de tutela deben ser resueltos por el superior jerárquico común de las autoridades judiciales en cuestión y que, solo cuando éste no exista, verificando

del fallo de instancia. // Para tal fin, la autoridad pública o el particular contra quienes se dirija la acción deberán indicar al juez competente, en el informe de contestación, la existencia de acciones de tutela anteriores que se hubiesen presentado en su contra por la misma acción u omisión, en los términos del presente artículo, señalando el despacho que, en primer lugar, avocó conocimiento, sin perjuicio de que el accionante o el juez previamente hayan podido indicar o tener conocimiento de esa situación". *"Artículo 2.2.3.1.3.2. Remisión del expediente.* Recibido el informe de contestación con la indicación de haberse presentado otras acciones de tutela que cumplan con lo dispuesto en el artículo anterior, el juez de tutela al que le hubiese sido repartida la acción remitirá el expediente, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, al juez que, según dicho informe, hubiese avocado conocimiento en primer lugar. // Para estos efectos, el juez remitente podrá enviar la información por cualquier medio electrónico o de transferencia de datos, sin perjuicio de la remisión física posterior. // Para los mismos efectos y con el fin de agilizar su recepción, las oficinas o despachos de reparto podrán habilitar ventanillas o filas especiales de recibo. // El juez al que le hubiese sido repartida la acción podrá verificar en cualquier momento la veracidad de la información indicativa del juez que avocó conocimiento de la acción en primer lugar. // *Parágrafo.* Con el fin de mantener una distribución equitativa de procesos entre los diferentes despachos judiciales, las oficinas o despachos de reparto contabilizarán las acciones de tutela asignadas al despacho judicial al que corresponda el conocimiento de acciones de tutela a que se refiere esta Sección, y adoptará las medidas pertinentes. // Para tal fin, el juez que reciba el proceso deberá informar del hecho a la oficina de reparto para contabilizar los expedientes a cargo del despacho". *"Artículo 2.2.3.1.3.3. Acumulación y fallo.* El juez de tutela que reciba las acciones de tutela podrá acumular los procesos (...) hasta antes de dictar sentencia, para fallarlos todos en la misma providencia".

lo previsto en la ley 270 de 1996 y en los respectivos código procesales, le corresponderá hacerlo a la Corte, en su condición de máximo órgano de la jurisdicción constitucional. Se trata, entonces, respecto de esta última autoridad de una competencia residual⁴⁰.

No obstante, a partir del auto 170A de 2003, dicha Corporación ha señalado una excepción a la regla antes descrita, por virtud de la cual ha procedido directamente a desatar conflictos de competencia entre autoridades judiciales que poseen un superior jerárquico común, con el fin de evitar la demora que supondría remitir el expediente al encargado de hacerlo, en aplicación de los principios de celeridad y sumariedad que rigen al amparo constitucional, a fin de permitir un acceso oportuno a la administración de justicia y de preservar la eficacia de los derechos fundamentales.

En concreto, la Corte ha dicho que: “No [se puede olvidar], y este ha sido su criterio, que la resolución de los conflictos de competencia debe atender dos principios básicos que orientan la protección de los derechos fundamentales, como objetivo primordial de la Constitución de 1991 y de la consagración de la acción de tutela. Estos principios son, en primer lugar, la eficacia de los derechos fundamentales (CP artículo 2, para lo cual es necesario –las más de las veces– atender al postulado de prevalencia del derecho substancial sobre el procedimental; y, en segundo lugar, la sumariedad, celeridad e informalidad del procedimiento de tutela (CP artículo 86), entendidos como condición necesaria para la protección real y oportuna de este tipo especial de derechos constitucionales. // La Corte no puede ser permisiva con la dilación de los términos ni con la renuencia de las autoridades a asumir de manera definitiva el conocimiento de las solicitudes de tutela. En este sentido, (...) remitir (...) las presentes diligencias para que [otra autoridad] resuelva el conflicto de competencia, agravaría aún más la situación de la peticionaria, quien, por demás, no tiene por

⁴⁰ Esta atribución se ejerce actualmente por la Sala Plena, y no se descarta que se adelante una reforma para asignarla a las salas de revisión, por la amplitud de materias objeto de pronunciamiento de la primera. En todo caso, cabe mencionar que la identificación de las autoridades judiciales que deben resolver los conflictos de competencia en materia de tutela y el carácter residual de la atribución de la Corte, se puede revisar en el auto: Colombia, Corte Constitucional, auto 550 del 29 de agosto de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo, expediente ICC-3366.

qué sufrir la mora que aparejan los problemas de interpretación de las normas de competencia para conocer de la acción de tutela⁴¹.

Ahora bien, conforme a las explicaciones realizadas, se entiende que un *conflicto real de competencia* es aquel en el que la controversia sobre la definición del juez habilitado para conocer de un caso de tutela, se produce con ocasión de la interpretación y entendimiento de los factores territorial, subjetivo y funcional, previamente desarrollados. A pesar de ello, la Corte ha utilizado la expresión *conflicto aparente de competencia*, para aludir a las disputas suscitadas por dos o más autoridades judiciales, en las que usualmente se invocan las reglas de reparto o se exponen argumentos distintos vinculados con los alcances *inter comunis* o *inter pares* de un fallo⁴².

Cuando el conflicto aparente se origina por el uso de las reglas de reparto, se ha destacado que ellas no definen competencia, conforme se explicó con anterioridad, y se ha resuelto que el expediente sea remitido a aquella autoridad a quien se repartió en primer lugar, con el fin de que la acción sea decidida inmediatamente, sin que medien consideraciones adicionales relativas a las normas de reparto. Como excepción se ha dispuesto la carga de devolver el asunto según dichas reglas, en aquellos supuestos en que se presente una distribución caprichosa fruto de una manipulación grosera de los parámetros utilizados para la asignación de las tutelas, como sería el caso de asignar a un juez del circuito una demanda interpuesta contra una providencia proferida por una Alta Corte.

Para finalizar, cabe realizar algunas precisiones generales sobre las materias tratadas:

- En primer lugar, el *factor territorial de competencia* se circunscribe en la ley, conforme a su redacción literal, al “lugar donde *ocurriere* la violación o amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”⁴³. Sin embargo, de manera equivocada,

⁴¹ Colombia, Corte Constitucional, auto 170A del 30 de septiembre de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, expediente ICC-720.

⁴² Colombia, Corte Constitucional, auto 004 del 18 de enero de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Expediente ICC-2505.

⁴³ Colombia, Presidente de la República, Decreto 2591 de 1991, artículo 37.

la Corte Constitucional también lo ha extendido al sitio en el que se produjeran los *efectos* de esa vulneración o amenaza, siendo esta última una regla de reparto prevista en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015. Por lo demás, respecto de este factor, se ha considerado de forma reiterada que no se determina por la residencia del accionante o por la sede de la entidad⁴⁴.

- En segundo lugar, frente al alcance del *factor subjetivo de competencia* cabe tener presente lo dispuesto por la Corte en la sentencia C-940 de 2010 y en los autos 221 y 644 de 2018. En la primera de las providencias en mención, se declaró ajustada a la Carta la regla que dispone que las acciones de tutela contra la prensa y los demás medios de comunicación serán de competencia de los jueces del circuito del lugar, con el siguiente condicionamiento: “1. Cuando en el municipio en el que reside quien se considere afectado en sus derechos fundamentales por obra de un medio de comunicación social, no existan juzgados del circuito, la tutela podrá interponerse ante cualquier juez del lugar, quien deberá remitirla al correspondiente juzgado del circuito, a más tardar al día siguiente de su recibo, y comunicarlo así al demandante. 2. El juez competente, al asumir el conocimiento de la acción, dispondrá que las comunicaciones al demandante y la actuación de éste se surtan por conducto del juzgado en el que haya sido interpuesta la demanda y ante quien, dado el caso, podrá presentar la impugnación del fallo de primera instancia, para que sea tramitado ante el competente.” Y, en los dos autos previamente mencionados, se resuelven conflictos suscitados por la invocación de este factor: (i) en el auto 221 de 2018, se autoriza excepcionalmente que una autoridad superior distinta al juez del circuito conozca de una acción contra un medio de comunicación, por razones vinculadas con la unidad procesal, la celeridad de la tutela y con la mayor jerárquica del órgano que adoptó la decisión; y (ii) en el auto 644 de 2018, se fijan criterios para definir la competencia en los casos de demandas contra los órganos de la JEP⁴⁵.

⁴⁴ Véanse, entre otros, los autos 086 de 2007, 299 de 2013, 074 de 2016 y 493 de 2018.

⁴⁵ Textualmente, la Corte señaló que: “[P]ara la aplicación del factor subjetivo de competencia en materia de tutela, en relación con las acciones que deben ser conocidas por la Jurisdicción Especial de Paz, se deben aplicar las siguientes reglas: (i) Cuando un juez de tutela que pertenece a la Rama Judicial recibe una acción de tutela dirigida expresamente contra la JEP, debe remitirla a dicha jurisdicción para

- En tercer lugar, respecto del *factor funcional de competencia*, como se mencionó con anterioridad, se ha entendido que la expresión “superior jerárquico correspondiente” del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, se determina siguiendo los términos de la jurisdicción (ordinaria o de lo contencioso administrativo) y especialidad (civil, penal, laboral, etc.) de la que haga parte el juez. Lo anterior se puede constatar en los Autos 486 y 496 de 2017.

- En cuarto lugar, sobre el *reparto caprichoso o arbitrario* que implica, en casos de conflictos aparentes de competencia, que el asunto sea enviado al conocimiento del juez dispuesto en las reglas de reparto, la Corte fijó unos criterios para su identificación en el Auto 289 de 2019, en los siguientes términos: “(i) El incumplimiento de las normas de reparto no autoriza al juez a remitir la acción de tutela a otra autoridad judicial, salvo que el fallador verifique que el reparto *transgrede de manera manifiesta y evidente principios esenciales de la administración de justicia*. // (ii) La existencia de [un] reparto caprichoso o arbitrario debe establecerse en cada caso concreto. // (iii) Respecto de acciones de tutela contra autoridades judiciales (numeral 5º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017), en principio no se configura reparto caprichoso cuando se asigna la solicitud de amparo a un juez de mayor jerarquía, *con independencia de que no se trate del superior correspondiente a su especialidad*. En síntesis, el respeto por el principio de jerarquía es un elemento que descarta la existencia de reparto caprichoso o arbitrario. // (iv) En contraste, la jurisprudencia constitucional ha establecido que se presenta reparto caprichoso o arbitrario *cuando se transgrede el principio de jerarquía*, como en el caso de la distribución equivocada de las

que aquella determine si es competente para su conocimiento. // (ii) Cuando un juez de tutela que pertenece a la Rama Judicial recibe una acción de tutela que no está dirigida expresamente contra la JEP, pero que de manera inequívoca se origina en acciones u omisiones de alguno de los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz o controvierte una de sus decisiones, debe remitirla a dicha jurisdicción para que aquella determine si es competente para su conocimiento. // (iii) Cuando la [JEP] recibe una acción de tutela, independientemente de que esta se encuentre dirigida expresamente en su contra, debe verificar su competencia para conocer de la misma. Sin embargo, no puede acudir a argumentos que desborden las reglas previstas por el artículo 8º transitorio del Título Transitorio de la Constitución. En este sentido, sólo podrá declarar su falta de competencia cuando se advierta de manera inequívoca que el amparo no se dirige a cuestionar cualquier acción u omisión de los órganos que componen la JEP o las providencias judiciales que ella profiera”.

acciones de tutela interpuestas contra providencias judiciales emanadas de las Altas Cortes. // (v) En todo caso, el juez debe verificar que es competente en virtud del factor territorial⁴⁶.

- Por último, frente a la aplicación de las reglas en materia de tutelas masivas, se puede consultar los autos 170 de 2016, 358 de 2016 y 285 de 2017. En el primero se determina el alcance de las reglas previstas en el Decreto 1834 de 2015, y en los dos siguientes, respectivamente, (i) se resuelve una controversia particular frente a la asignación de un caso luego de proferir sentencia, y (ii) se reitera el carácter de normas de reparto, que no son susceptibles de ser invocadas para suscitar conflictos de competencia o para decretar nulidades.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BARRETO RODRÍGUEZ, José Vicente. *Acción de tutela, teoría y práctica*, 3ª Edición, Bogotá: Legis, 2001.
- BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, “Perspectivas sobre la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas”. En: *Estudio de la delegación de funciones jurisdiccionales en la Rama Ejecutiva*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Impresiones Universidad Externado de Colombia, 2018.
- BOTERO MARINO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá: Ediprime Ltda., 2006.
- CABRERA ACOSTA, Benigno H. *Teoría general del proceso y de la prueba*. Bogotá: Editorial Marder, 1986.
- DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Acción y procedimiento en la tutela*, 4ª Edición, Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2001.
- FAJARDO BAUTISTA, Sergio Hernán. “Algunos aspectos procedimentales de la acción de tutela”. En: *Lo que usted debe saber acerca de la acción de tutela*, Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá: Peñuelas Impresión Ltda., 1996.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso, Parte General*, Bogotá: Dupre Editores Ltda., 2016.
- MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General*, 8ª Edición, Bogotá: Editorial ABC, 1983.
- OVIEDO, Amparo A. *Fundamentos del Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso*, Bogotá: Temis, 1995.

⁴⁶ Colombia, Corte Constitucional, auto 289 del 5 de junio de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, expediente ICC-3638.

SANABRIA SANTOS, Henry Norberto. *Configuración procesal de la pretensión de tutela*, Tesis de Grado No. 5, Universidad Externado de Colombia, Impresiones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

TIRADO PERTUZ, César Andrés; LUNA SALAS, Fernando. "La creación pretoriana del Derecho Procesal Constitucional en la acción de tutela". En: *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Vol. VII, No. 14, Unicartagena, Cartagena, 2015.

Colombia, Constitución Política de 1991.

Colombia, Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 2017.

Colombia, Congreso de la República, Ley 270 de 1996.

Colombia, Congreso de la República, Ley 497 de 1999.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1437 de 2011.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1922 de 2018.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1957 de 2019.

Colombia, Presidente de la República, Decreto 2591 de 1991.

Colombia, Presidente de la República, Decreto 1382 de 2000.

Colombia, Presidente de la República, Decreto 1069 de 2015.

Colombia, Presidente de la República, Decreto 1834 de 2015.

Colombia, Presidente de la República, Decreto 1983 de 2017.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-054 del 18 de febrero de 1993, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, expediente D-117.

Colombia, Corte Constitucional, auto 012 del 1° de agosto de 1994, magistrado ponente Jorge Arango Mejía, expediente T-35.095.

Colombia, Corte Constitucional, auto 016 del 1° de septiembre de 1994, magistrado ponente Jorge Arango Mejía, expediente T-32352.

Colombia, Corte Constitucional, auto 017 del 5 de abril de 1995, magistrado ponente Jorge Arango Mejía, expediente T-54325.

Colombia, Corte Constitucional, auto 071 del 27 de febrero de 2001, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, expediente ICC-235.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, expediente D-3798.

Colombia, Corte Constitucional, auto 170A del 30 de septiembre de 2003, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett, expediente ICC-720.

Colombia, Corte Constitucional, auto 318 del 22 de noviembre de 2006, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente ICC-1041.

- Colombia, Corte Constitucional, auto 100 del 16 de abril de 2008, magistrado ponente Humberto Sierra Porto, expediente sobre solicitud de cumplimiento del auto 162 de 2007.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-713 del 15 de julio de 2008, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, expediente PE-030.
- Colombia, Corte Constitucional, auto 124 del 25 de marzo de 2009, magistrado ponente Humberto Sierra Porto, expediente ICC-1404.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-400 del 3 de julio de 2013, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, expediente D-9392.
- Colombia, Corte Constitucional, auto 176 del 26 de abril de 2016, magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente ICC-2325.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-537 del 5 de octubre de 2016, magistrado ponente Alejandro Linares Cantillo, expediente D-11271.
- Colombia, Corte Constitucional, auto 004 del 18 de enero de 2017, magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Expediente ICC-2505.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-674 del 14 de noviembre de 2017, magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente RPZ-003.
- Colombia, Corte Constitucional, auto 493 del 8 de agosto de 2018, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, expediente ICC-3394.
- Colombia, Corte Constitucional, auto 550 del 29 de agosto de 2018, magistrado ponente Alejandro Linares Cantillo, expediente ICC-3366.
- Colombia, Corte Constitucional, auto 289 del 5 de junio de 2019, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, expediente ICC-3638.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 18 de julio de 2002, consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, expediente 6414.

Esta obra se terminó de imprimir
el 16 de noviembre de 2021
en los Talleres Gráficos de
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur.
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia

NOTA

NOTA

NOTA

La publicación que tenemos el honor de presentar fue diseñada no solo como un estudio histórico sino más bien para influir en la conformación del pensamiento jurídico de Colombia y Latinoamérica. Para lograrlo, la nómina de sus ponentes y contenidos fue escogida cuidadosamente entre magistrados y exmagistrados de las Altas Cortes Colombianas, y destacados litigantes ante ellas precisamente porque se quería presentar una visión práctica sobre como operan esos tribunales a partir de la expedición de la Constitución de 1991. A todos los autores y autoras les presentamos un especial agradecimiento por los esfuerzos realizados para la redacción, edición, compilación y publicación de esta obra.

La misma se compone de 3 tomos, cada uno de ellos se ocupa de una de las Altas Cortes colombianas en su respectivo orden: Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. Cada una de ellas ha trabajado en el desarrollo de nuevas líneas jurisprudenciales inspiradas en la Constitución de 1991 y las reformas legales que han seguido sus mandatos. La constitución colombiana es maximalista, y ha realizado una fuerte transformación de la realidad jurídica colombiana durante sus tres décadas de vigencia.

Cada tomo se encarga de compilar los temas que las instituciones patrocinadoras consideraron más relevantes sobre la práctica de cada corporación en el ejercicio de sus funciones. Los temas son tan diversos como las mismas Altas Cortes; tratan desde la contratación estatal hasta el derecho de familia, pasando por el derecho procesal general, el procesal civil y penal, el procedimiento contencioso administrativo, el procesal constitucional, el probatorio, el sustancial administrativo, el constitucional, el civil, el comercial, y el laboral.



“Sello de la compañía de Jesús”

ISBN: 978-958-791-519-8



CEJ®
Corporación
Excelencia en la Justicia

Años
25
1996 - 2021