

# CONTROL CONSTITUCIONAL Y SEPARACIÓN DE PODERES EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO

Juan Carlos MONCADA ZAPATA\*

Dentro de un contexto histórico general y dentro de la específica experiencia colombiana, la llamada justicia constitucional aparece como una función estatal extraña a la doctrina de la separación de poderes. Podría afirmarse incluso que la aparición de esta función sólo fue posible gracias al rechazo - si bien no explícitamente admitido - de algunos de los prejuicios y presupuestos teóricos del principio tripartito, como aquel según el cual al legislador le serían inherentes los atributos de irreprochabilidad e irreprehensibilidad por sus actos, que se derivarían del hecho de ser depositario natural de la soberanía, a su vez inalienable, infalible e indivisible.

Acorde con tales prejuicios, legados de la Ilustración, se afianza la cuidadosa distinción entre *creación* legislativa y la *aplicación* judicial de leyes, como dos momentos absolutamente diferenciados en el devenir del Estado constitucional aparecido con la Revolución francesa. Desde esta concepción, la función de aplicar la ley excluye la de cuestionarla. ¿Cómo se explica entonces que en la actualidad los jueces puedan cuestionar la ley e invalidarla e incluso reemplazarla con sus propios dictados?

---

\* Abogado U. de A. Adaptación del Capítulo III de su tesis para optar al título de abogado.

La respuesta puede ser esta: La aparición de tribunales constitucionales supuso la atenuación de la idea antijudicialista y la superación histórica del principio de separación de poderes. Durante el último siglo y especialmente a partir de la I Guerra mundial, comenzó a operar, en efecto, una tendencia que atenúa la idea antijudicialista en todos los países occidentales, mediante la creación masiva de tribunales, consejos o cortes constitucionales: Austria en 1920, Italia en 1947, Alemania en 1949, Francia en 1958, Portugal en 1976 y España en 1978 entre otros; por Latinoamérica, Colombia en 1910, México en 1917, Venezuela en 1961, etc; en el mundo asiático puede mencionarse el caso de la Constitución japonesa de 1947, irónicamente llamada *Constitución de Mc'Arthur*.

### 1. LA ADMISIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN FRANCIA

Para el caso europeo, la atención se centra de manera particular en Francia por el arraigo de la doctrina de Montesquieu y su marcada afirmación de la separación de poderes en la que el parlamento había sido concebido como la autoridad estatal más alta y como el trasunto del pueblo que nunca se equivoca. Durante mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia fueron unánimes al decidir que jamás un tribunal podía apreciar la constitucionalidad de una ley y negarse a aplicarla por juzgarla inconstitucional. Esto por cuanto la ley se concebía como emanación de la soberanía, sin que fuera concebible que un tribunal juzgase esa soberanía, y además porque la separación de poderes ha implicado desde 1790 que los tribunales no pueden tomar parte ni directa ni indirectamente en el ejercicio del poder legislativo ni impedir o suspender las normas sancionadas por el legislador.

Hasta la Constitución de 1958 (conocida como *Constitución de la V República*), sólo muy casualmente la doctrina francesa se atrevía a sugerir la posibilidad de acoger la noción norteamericana de inaplicación de la ley<sup>1</sup>; pero, a partir de ese año, las cosas cambiaron de una manera radical, a partir de una serie de episodios

1 Leon DUGUIT decía ya a comienzos de siglo que "Imponer al poder judicial la obligación de aplicar una ley inconstitucional es declararle inferior al legislativo, esto es, colocarle bajo su dependencia y violar el principio de la separación". Ya se empezaba a cuestionar el dogma tradicional sobre la base de una nueva interpretación de la separación que supuestamente rechazaría el sometimiento de un órgano a la voluntad de los otros y que permitiría al poder judicial la posibilidad de apreciar la constitucionalidad de las leyes. Realmente la afirmación de DUGUIT implicaba una nueva concepción de la doctrina, puesto que claramente un presupuesto teórico del principio era la subordinación de todos a la voluntad soberana del parlamento. Cfr. *Las Transformaciones Generales del Derecho (Público y Privado)*. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975, pp. 59 y ss. Traducido del francés por Adolfo POSADA y otro.

que implicaron una transformación práctica de la concepción tradicional de la doctrina de la separación, transformación que no ha sido lo suficientemente ponderada hasta ahora<sup>2</sup>. Veamos:

#### 1.1. LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE 1959

La Constitución francesa de 1958 abandonó la regla tradicional del monopolio legislativo del Parlamento y la concepción según la cual el legislador era jurídica y políticamente ilimitado. Este cambio operó mediante la fijación restrictiva de las competencias parlamentarias, y el traslado de la cláusula general de competencia al poder ejecutivo.

A la luz de criterios materiales, los decretos mediante los cuales el ejecutivo empezó a ejercer las competencias legislativas detraídas del ámbito parlamentario serían *actos legislativos* y, coherentemente con la doctrina tradicional en Francia, deberían estar sustraídos del control judicial. Sin embargo, la sentencia del 26 de junio de 1959 del *Conseil d'Etat*, conocida como el caso *Syndicat General des Ingenieurs* estableció que, por el contrario, la legislación ejecutiva en el campo de las nuevas competencias estaba sujeta al control judicial. Los parámetros de tal revisión no serían tomados ya de la legislación parlamentaria, puesto que no se trataba de competencias delegadas sino de ámbitos competenciales autónomos frente al legislador. Los parámetros serían, según el fallo, los principios generales de la Declaración de 1789, los preámbulos de las constituciones de 1946 y 1958,<sup>3</sup> así como unos supuestos principios sacados de la *tradición republicana* francesa. Con posterioridad a esta sentencia, el control del Consejo de Estado se ha asimilado al de un tribunal constitucional y la posición asumida en el fallo fue ratificada posteriormente.

2 El 'formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado. Por: Mauro CAPPELLETTI. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)* Num. 13, enero-febrero de 1980. pp. 61-103.

3 El preámbulo de la Constitución francesa de 1958 incorpora, por remisión, el preámbulo de la Constitución de 1946 y la Declaración de 1789. Estos documentos constituyen en ese país su *Bill of Rights*. De acuerdo con CAPPELLETTI, que comentó el fallo, "Los jueces franceses no solamente han sobrepasado el modelo meramente interpretativo del control judicial, sino que han alcanzado la 'forma más pura' del control judicial no interpretativo cuando han decidido controlar la conformidad de la legislación del ejecutivo a 'principios generales' y 'tradiciones republicanas' vagos, indefinidos y casi siempre no escritos; principios y tradiciones creativamente 'hallados' por los jueces mismos y defendidos como poseedores de rango legal superior". Vid. artículo citado en nota 2, p. 69.

### 1.2. LA CREACIÓN DEL CONSEIL CONSTITUTIONNEL

La tradición francesa y de la doctrina de la separación de poderes dice que los jueces son meros intérpretes de la ley, y como tales, no deben nunca recusar su validez. Pero la creación del *Conseil* para controlar la constitucionalidad de proposiciones de ley del parlamento aún no promulgadas por el ejecutivo implicó un cambio fundamental que se acentuaría con el paso del tiempo.<sup>4</sup>

El sabor a gobierno de los jueces que inspiró esta institución obligó al establecimiento de tres restricciones que implicarían conjurar su asimilación o identificación con un tribunal constitucional: En primer lugar se trató de una forma de supervisión, limitada al corto período entre aprobación del proyecto de ley y su promulgación por el ejecutivo; de otra parte, la legitimación para denunciar la inconstitucionalidad de los proyectos era extremadamente restringida (Presidente, primer ministro y presidentes de las Cámaras); por último, su objetivo básico era hacer efectiva la supremacía de las recientes prerrogativas del ejecutivo, o mejor, defender al ejecutivo de intromisiones del parlamento en ámbitos reservados al ejecutivo.<sup>5</sup> En otras palabras, el *Conseil* se instituyó para asegurar que no resurgiera la cláusula general de competencia legislativa.

La tercera y última restricción no se sotuvo. En la sentencia del 16 de julio de 1971 sobre libertad de asociación, el *Conseil* reclamó para sí el poder y el deber de controlar la conformidad de las leyes no promulgadas no sólo con los artículos 34 y 37 de la Constitución de 1958 sino con la Constitución en general, incluidos aquellos principios generales de la historia política francesa a que ya había aludido el

4 La curiosa posición constitucional del *Conseil* y la extrañeza de su aparición en el país abanderado del antijudicialismo se expresa bien en la obra de André HAURIUO cuando dice: "El Consejo Constitucional es un organismo nacido y desarrollado bajo el signo de la ambigüedad: sus atribuciones presentan, en lo esencial, un carácter jurisdiccional, pero por el modo de designación de sus miembros y por su composición de hecho, tiene marcado carácter político. Sin embargo, cabe señalar que esta última característica tiende a atenuarse y, como es necesario tomar partido, nosotros lo consideramos como un órgano jurisdiccional." Lo que no niega el autor, en todo caso, es que se trata de un órgano de control constitucional. Cfr. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Ariel, segunda edición, Barcelona, 1980, pp. 716 y ss. Traducción castellana, adaptación y apéndice de José Antonio GONZALEZ CASANOVA.

5 El artículo 34 de la Constitución francesa de 1958 estableció taxativa y restrictivamente las competencias del parlamento. A su vez, el artículo 37 comienza diciendo: "Todas las materias distintas de las pertenecientes al dominio de la ley tendrán carácter reglamentario", es decir, corresponden al ejecutivo, consolidando con ello la desaparición de la tradicional cláusula general de competencia del legislador.

Consejo de Estado en 1959. Una decisión de 1966 ya había preparado esta decisión, mientras que decisiones posteriores de 1977, 1978 y 1979 la consolidaron.<sup>6</sup>

En cuanto a la segunda restricción, la de la legitimación, también se moderó su inicial planteamiento con la reforma del 29 de octubre de 1974 que legitimó a una minoría parlamentaria de 60 miembros de cada cámara para remitir los proyectos al *Conseil*.

En términos generales, puede decirse que a partir de los años 70, la actividad del *Conseil* no se diferenciará más que en pequeños detalles de configuración frente a los demás tribunales constitucionales de Europa, en la medida en que sobrepasa su misión para tomar decisiones de constitucionalidad en cuestiones de fondo e incluso, para legislar, si bien a la manera de fallos interpretativos e integrativos que han terminado por insertarse en el catálogo de fuentes del Derecho.<sup>7</sup>

### 1.3. LA SENTENCIA DE LA COURT DE CASACIÓN DEL 24 DE MAYO DE 1975

Los jueces ordinarios permanecían inmunes al bicho del control judicial. Esta sentencia de la *Court de Casación* afectó, sin embargo, el núcleo de esta idea. El caso es que la *Court* debía aclarar la cuestión de si los jueces franceses debían negarse a aplicar las leyes promulgadas con posterioridad a las de la otrora comunidad europea pero en contradicción con ellas. Una teoría presentada ante el tribunal decía que la no aplicación sería equivalente al control judicial de constitucionalidad de la legislación y de eventuales violaciones del parlamento francés del artículo 55 de la Constitución de 1958 que establece la superioridad de tratados internacionales sobre las leyes internas.

Pues bien. La *Court* resolvió que los jueces estaban obligados a inaplicar las leyes nacionales, aun cuando se apresuró a aclarar que se trataba de una *mera*

6 Cfr. sobre esta doctrina del *Conseil*, las siguientes obras: - El Boque de Constitucionalidad. Por: Francisco RUBIO LLORENTE. En: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA. Tomo I. Civitas, Madrid, 1991, pp. 3-27; - Cfr. asimismo la decisión del *Conseil* de 1977 en: Documentos Constitucionales y Textos Políticos. Editora Nacional, Madrid, 1982, pp. 144-145. Edición preparada por Luis SANCHEZ AGESTA.

7 PARDO FALCÓN, Javier. *El Control Previo de Constitucionalidad de las Leyes en Francia: El Alcance de las Decisiones del Consejo Constitucional y sus Repercusiones en el Proceso Legislativo*. En: Revista Jurídica de Castilla-La Mancha (El Tribunal Constitucional y su Jurisprudencia-Actas del VI Congreso Nacional de Ciencia Política y Derecho Constitucional), abril-agosto de 1988, nums. 3 y 4.

*interpretación* para que no sonara a control judicial de leyes. CAPPELLETTI, quien se dió a la tarea de comparar el fallo con los elementos claves de la doctrina Marshall en USA, de manera muy inteligente observó:

“También el presidente del Supremo, Marshall, al igual que el tribunal supremo francés, intentó minimizar (esconder, incluso) el control judicial reduciéndolo al nivel de mera interpretación. La historia ha demostrado, sin embargo, que esta minimización, correcta quizá al nivel de teoría abstracta, es totalmente incapaz de eliminar el ‘formidable problema’. El control judicial no constituye una mera interpretación por la simple razón de que cuanto más alto sea el rango de una ‘ley superior’ su vaguedad tenderá a ser mayor, requiriendo, por tanto, un grado siempre mayor de actividad o creatividad judicial para su ‘interpretación’”<sup>8</sup>

Las implicaciones del fallo eran evidentes: cómo es posible admitir el control judicial para proteger leyes supranacionales, mientras al mismo tiempo se sostiene la inimpugnabilidad de leyes internas frente a la Constitución? Con estos ejemplos se indica, pues, que el mito del gobierno de los jueces, en Francia, ha dejado de ser tal.

## 2. LA ADMISIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN OTROS PAÍSES EUROPEOS Y LA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA Y POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En los demás países europeos la admisión de tribunales encargados de verificar la constitucionalidad de las leyes, es decir, de controlar al poder legislativo, ha resultado ser toda una sorpresa. La historia comienza con el Tribunal Constitucional Checoslovaco de 1920 y con el Alto Tribunal constitucional de Austria del

8 CAPELLETTI, artículo citado, pp. 73-74, en donde agrega: “El control judicial de la legislación parlamentaria, impedido de entrar por la puerta principal de la Constitución nacional, ha entrado, de hecho, a través de la amplia ventana de un *bill of Rights supranacional*. En lugar de ser evitado, el control judicial ha quedado de esta forma amplificado en un cierto sentido, ya que, se ha convertido en *control judicial supranacional*. Y el ‘formidable problema’ se hace aún más formidable: los jueces franceses no sólo tendrán que enfrentarse al desafío inherente a todo tipo de creatividad judicial, sino al nuevo e insólito desafío a la creatividad representado por un documento no nacional, así como al desafío aún mayor de tener que coordinar su propia creatividad con la de las demás jurisdicciones supranacionales, como son algunos organismos del Consejo de Europa (Comisión y Tribunal de Derechos Humanos) con sede en Estrasburgo” pp. 75-76.

mismo año. En España, hacia 1931 se estableció un Tribunal de garantías constitucionales que tuvo corta duración y en los demás países, después de la segunda guerra mundial, aparece el Tribunal constitucional italiano de 1948, el alemán de 1949 y el Consejo constitucional francés de 1959; más adelante el Tribunal constitucional portugués de 1976 y nuevamente el español de 1978, etc.

En muchos otros casos, la aparición de la función del control de leyes por parte de los jueces no ha sido regulada deliberadamente, sino que ha sido fruto de salidas intrépidas por parte de los tribunales. Es famosa p.e. la sentencia del Tribunal del Reich alemán del 4 de noviembre de 1925 mediante la cual se arrogó la competencia para comprobar la constitucionalidad de las leyes en Alemania, durante el crítico período correspondiente a la llamada República de Weimar, con el argumento de que como la Constitución del Reich no contenía ninguna norma que le prohibiera decidir sobre la constitucionalidad de las leyes del Reich y que como tampoco dicha facultad se había conferido a otro órgano, entonces había que reconocer tal competencia al Tribunal del Reich.<sup>9</sup>

Cualquiera sea la manera de ingresar a los sistemas jurídicos europeos, la aparición del control y su atribución a los jueces, así como su proyección práctica ha provocado enconadas polémicas doctrinales en todos los países. Se ha señalado principalmente la dificultad de incrustar y conciliar la actividad de controlar la constitucionalidad de las leyes en el principio tradicional de la separación de poderes. No se trata simplemente el hecho de que sean los jueces los encargados de hacer de guardianes del ordenamiento constitucional, lo que ya de por sí implicó una alteración en la doctrina, sino que se discute también cuál sea la naturaleza de la función del control y hasta qué punto, sobre todo cuando se trata del control con efectos generales, pueden llegar legítimamente los tribunales en esa tarea.

9 La fundamentación del tribunal, como señalaba SCHMITT en 1928, esquivó la dificultad verdadera. Del hecho de que la Constitución no atribuya la comprobación a ningún otro órgano no se deduce que los tribunales son quienes tienen la competencia. Resulta evidente que las leyes inconstitucionales son inválidas, eso no se discute. El problema es quién decide sobre la inconstitucionalidad, quién es competente, si son todos los órganos encargados de aplicar la ley, si es el propio parlamento o si son los tribunales los encargados de resolver la duda. Hay que recordar que en el Estado de Derecho clásico existe el principio básico según el cual ninguna autoridad puede ejercer funciones distintas a las que le atribuye la constitución o la ley, que todavía se mantiene vigente, como en el caso del artículo 121 de la Constitución colombiana de 1991. Cfr. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 1982, p.196-197. Versión española y presentación de Francisco AYALA.

En el caso del alemán SCHMITT, la polémica se centraba en establecer a quién correspondía la determinación exacta de un precepto constitucional dudoso en cuanto a su contenido, teniendo presente que el contenido de la función judicial en el principio de la separación de poderes se presenta como la decisión de un caso sobre la base de la ley: La decisión del juez se deriva, en cuanto a su contenido, de una ley contentiva de una decisión definida y conmensurable. La inaplicación en un caso concreto de una norma válida parece justificable y coherente con la función asignada al poder judicial, en la medida en que el precepto constitucional que se impone contenga la regulación del litigio y permita una subsunción. Este sería pues, un caso de aplicación preferente que no contradice la actividad *jurisdiccional* del juez ni altera su posición constitucional en la doctrina de la distinción de poderes y, por lo mismo, no requiere de una instancia especial que se erija como protectora de la Constitución.<sup>10</sup>

Pero, en el caso del control constitucional por vía general, en el caso de tribunales especialmente establecidos para ello, cabe hablar de una función con carácter jurisdiccional? ¿Podría decirse que cuando el control se refiere a normas constitucionales generales y principios o normas de competencia dudosas se está ejerciendo una labor jurisdiccional? El control *jurisdiccional*, en opinión de SCHMITT, termina cuando las normas constitucionales resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido. Para él, la atribución a los jueces una facultad semejante se debe a una falsa concepción del Estado de Derecho que hace creer que el ideal es la judicialización de toda la actividad del Estado. La consecuencia de ello, en su famosa expresión, no sería "una judicialización de la política, sino una politiquización de la justicia". En últimas, la determinación precisa de un precepto constitucional dudoso en cuanto a su contenido es, en concreto, materia de la legislación constitucional, no del poder judicial: no existe Estado de Derecho sin independencia judicial y no existe independencia judicial sin sujeción a la ley (no una sujeción abstracta). Así mismo, no hay Estado de Derecho sin distinción real de poderes. En esa línea, transferir al juez la decisión en materia política (una decisión propia del legislador) implica ni más ni menos que alterar su posición constitucional: se alteran las funciones de la regulación constitucional porque la asunción del juez de la protección de la constitución sólo puede hacerse sobre la base de combatir

10 SCHMITT, Carl. La Defensa de la Constitución (Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución). Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pp. 48 y 55. Traducción del alemán a cargo de Manuel SANCHEZ SARTO.

el principio democrático de las mayorías y el tribunal revisor se perfila como defensor de los intereses de las minorías.<sup>11</sup> Es así, pues, como el antiguo profesor de Colonia entiende el problema de la naturaleza constitucional de la actividad del control y cual sea la posición constitucional del órgano encargado de ejercerlo.

KELSEN por su parte ve en el control de constitucionalidad de las leyes un problema estrictamente técnico-jurídico y no político. Son bastante conocidas las razones de su irreverencia hacia la doctrina de la separación y su particular posición de teoría del estado en el sentido de que no existe sino una función: la legislativa, que es ejercida, desde distintos niveles, por todos los órganos del Estado. En este marco, qué consecuencias sobrevienen en el entendimiento de la naturaleza del control constitucional y de su posición en el marco del Estado?

En primer lugar, que confiar la anulación de leyes al mismo órgano que las expide resulta contraindicado e impracticable porque el parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de forma *eficaz*. Además se incurriría en una grave ingenuidad política creer que el mismo órgano anularía un acto suyo teniendo en cuenta que éste se cree a si mismo como creador y no como aplicador del derecho. En conclusión:

"Es a un órgano diferente del Parlamento, independiente de él, y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal a quien hay que encomendar la anulación de sus actos inconstitucionales: es decir, a una jurisdicción constitucional o Tribunal constitucional".<sup>12</sup>

Las objeciones propuestas en contra del control constitucional relativas a la *soberanía del parlamento* son respondidas por el Autor en el sentido de que la soberanía no la detenta un órgano estatal (el parlamento), sino el ordenamiento jurídico en su conjunto y, además, la legislación está subordinada a la Constitución, al igual que la justicia y la administración están sometidas a la ley. Dicho de otra manera, el postulado de la constitucionalidad de las leyes es tanto teórica como técnicamente idéntico al postulado de la legalidad de la administración y de la jurisdicción. La tesis de la incompatibilidad de la justicia constitucional con la soberanía legislativa la explica KELSEN como un deseo de poder político que no reco-

11 *ibidem*, p. 77 y ss.

12 KELSEN, Hans. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional). En: *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Editorial Debate, Madrid, 1988, p. 129.

noce el carácter normativo de la Constitución y que jurídicamente, en su teoría, resulta absurda.

Por otra parte, dice el autor, tampoco pueden ser los órganos jurisdiccionales los encargados de la función del control, puesto que la jurisdicción en estricto sentido se caracteriza por crear normas individuales, y la anulación de una ley equivale a crear normas generales, porque la anulación tiene el mismo grado de generalidad que su producción. Es así KELSEN llega a su conocida tesis de que la función de anular leyes no es otra cosa que producirlas, pero en un *sentido negativo* y es, por tanto, una función legislativa:

“Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el poder legislativo”<sup>13</sup>

El planteamiento kelseniano del legislador en *sentido negativo* para referirse al juez constitucional tiene, sin embargo, sus limitaciones, y sólo sería válido si fuera cierto, como él dijo, que la Constitución es simplemente, en estricto sentido, una regla que determina la creación del Derecho y que instituye los órganos necesarios para aplicarlo e imponerlo.<sup>14</sup> Esta concepción ha sido revaluada después de la segunda guerra mundial hasta tal punto por la experiencia jurídica, que ya ni siquiera es posible distinguir con precisión una parte orgánica o procedimental de una parte dogmática o sustancial de la Constitución. La sustentación de las normas constitucionales es innegable y ha dejado de ser una simple regulación de las fuentes del derecho. Y qué consecuencia puede tener este nuevo entendimiento del concepto de Constitución? Pues la siguiente: La concepción formal y procedimental de la constitución conduce a KELSEN a afirmar que el legislador no está vinculado a la constitución más que con respecto a los procedimientos prefijados en ella y sólo muy excepcionalmente a sus principios y directivas generales.<sup>15</sup> De aquí que la actividad del *legislador negativo*, de la justicia constitucional, se reduzca en la doctrina kelseniana a verificar si el legislador cumplió los procedimientos establecidos y en esa medida es una tarea “absolutamente determina-

13 KELSEN. *Ibidem*, p. 130

14 *Ibid.*, p. 115.

15 *ib.* p. 131

da por la Constitución”, es una tarea de aplicación y sólo en una débil medida, de creación del derecho y, por tanto, es algo “propriadamente jurisdiccional”<sup>16</sup>.

Pues bien. Si las constituciones actuales no se limitan a establecer fuentes del derecho, sino que además comprenden partes sustanciales dedicadas a principios, valores y derechos fundamentales - y no de manera excepcional como pensó KELSEN -, entonces es claro que la misión de un tribunal constitucional no se reduce a la verificación de la regularidad constitucional de los procedimientos legislativos, sino que además comprende la de verificar la conformidad sustancial de las leyes con esos principios valores y derechos fundamentales y contenidos sustanciales de la Constitución.

Y si además, como ocurre usualmente, estas partes sustanciales de la Constitución se formulan en términos abiertos y vagos y muchas veces sin márgenes claros, entonces la labor de un tribunal constitucional no estará necesariamente determinada en su totalidad por la Constitución, sino que irá mucho más allá de la mera aplicación, asumiendo una fuerte función de creación del derecho. En últimas, la jurisdicción constitucional y el control constitucional ejercido por ella, bajo las actuales expresiones constitucionales, no es ya mera legislación en *sentido negativo*, sino también en *sentido positivo*.

De ahí que los fallos de los tribunales constitucionales europeos y también de los latinoamericanos sean tan sensibles políticamente.<sup>17</sup> De manera constante se ha reprochado al juez constitucional inmiscuirse en la esfera de acción política legislativa y su tendencia a aparecer como un colegislador en virtud de sentencias aditivas o sustitutivas. Pero la verdad es que esta parece ser una condición necesaria de la justicia constitucional por lo que ya hemos visto.

Otros autores europeos, desde perspectivas diferentes han llegado a compartir la tesis kelseniana del tribunal constitucional entendido como institución legislativa.

16 *ib.* p. 131. Kelsen parece incurrir aquí en el error de identificar lo “propriadamente jurisdiccional” con *aplicación* del derecho. Si ello fuera así, diríamos entonces que también el legislador, en la medida en que ejecuta o *aplica* la Constitución, también ejerce una función jurisdiccional; y que la administración, en la medida en que *aplica* la ley, ejerce también una función jurisdiccional. Lo más coherente en su doctrina es entender que lo jurisdiccional, como él mismo lo había dicho (*ibid.*, p. 130), se caracteriza porque es una *aplicación* del derecho pero a *casos concretos*, es decir, la jurisdicción se distingue en el ordenamiento jurídico porque se limita a crear normas individuales.

17 Sobre la faceta y proyección política de los tribunales constitucionales europeos, cfr.: LOUIS FAVOREAU. Los Tribunales Constitucionales. Editorial Ariel, Barcelona, primera edición, 1984, pp 60, 82, 100, 111 y 124. Traducción de Vicente VILLACAMPA.

Es el caso de Piero CALAMANDREI, el destacado procesalista italiano, para quien un tribunal que decide en vía principal y general acerca de la constitucionalidad de leyes no es un órgano jurisdiccional, no tanto por las implicaciones políticas de sus decisiones, sino por su falta de concordancia con aquellos elementos que permiten identificar lo jurisdiccional: no existe una *litis inter partes* ni una discusión acerca de la aplicabilidad de la ley a un caso concreto; no existe necesariamente un conflicto en la aplicación de una ley, pues el control constitucional puede recaer en un momento anterior a su aplicación; en últimas,

“El control de la Corte Constitucional afecta a la ley en su momento normativo, no en su momento jurisdiccional: la misma no es, por consiguiente, en esta atribución suya, un órgano judicial, sino más bien, como piensa Kelsen, un órgano paralegislativo o superlegislativo, que a través del control de legitimidad puede ejercitar sobre las leyes ordinarias, aunque sea con las garantías del debate público y de la motivación, una especie de derecho de veto, o mejor un poder legislativo solamente negativo, esto es, un poder legislativo abrogante.<sup>18</sup>

De esta manera puede resumirse la discusión europea acerca de la naturaleza jurídico-constitucional de los tribunales constitucionales y de su lugar dentro del esquema de la doctrina de la separación.

### 3. LA ADMISIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA.

#### CASOS DE ATENUACIÓN DE LA IDEA ANTIJUDICIALISTA Y DE SUPERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES.

Con algunas excepciones como el caso ecuatoriano, las constituciones de los países americanos han admitido de una u otra manera el control de constitucionalidad de las leyes, en buena parte debido a la influencia de la doctrina consignada en *El Federalista* y el fallo *Marbury vs. Madison*, pero también debido al influjo europeo en esta materia después de la Segunda Guerra Mundial.

Ha sido esta una función atribuida a los jueces y por eso cabe hablar también de una atenuación de la idea antijudicialista. Por otra parte, del ejercicio práctico de la función del control en estos países ha desbordado cualquier tentativa de clasificarla como mera función jurisdiccional. En el caso norteamericano, p.e., es

18 CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el Proceso Civil (Estudios de Derecho Procesal Civil, T. III). Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, pp. 84-85. Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO.

evidente que el control constitucional ha dejado de ser un problema de casos concretos en beneficio de una actuación más general de la Corte Suprema con profundas implicaciones políticas; y en los casos latinoamericanos, la dimensión y proyección política de los tribunales constitucionales ha excedido con mucho el pretendido ambiente de *jurisdiccionalidad* en el que fueron creados. Veamos esto con mayor detenimiento:

#### 3.1. UN CASO NORTEAMERICANO.

La aplicación de la doctrina de la separación en la fase revolucionaria norteamericana produjo una perspectiva muy ambigua. De una parte, se desconfiaba del nuevo legislador federal implementado y de la tiranía de las eventuales mayorías coyunturales, prejuicio que permitió asignar a los jueces la tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes. A partir de este prejuicio fue posible expandir el contenido de la función jurisdiccional a costa incluso del prestigio de las entidades representativas, sin que apareciera satisfactoriamente explicado cómo era posible que una ley sancionada tras largos debates de parlamentarios, democráticamente elegidos, quedara supeditada al criterio de un cuerpo judicial no elegido por conductos suficientemente democráticos.<sup>19</sup>

De otra parte, sin embargo, se sostenía, al igual que en Francia, que el poder judicial era “el más débil de los tres departamentos del poder”<sup>20</sup>, puesto que no

19 Todavía hoy la doctrina norteamericana se devana los sesos tratando de conciliar el control constitucional ejercido por la Supreme Court con la teoría democrática representativa implícita en su Constitución. : “Los jueces, o al menos los jueces federales (...), no son elegidos ni reelegidos (...). un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa, les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como lo desean”. Es este el “problema principal del control constitucional”, según John H. Ely. Cfr. Democracia y Desconfianza, Una Teoría del Control Judicial. UniAndes-Siglo del Hombre, Santa Fé de Bogotá, 1997, p. 23. Traducción española de Magdalena Holguin.

20 “El Ejecutivo no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no solo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee FUERZA ni VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos. (...) el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder”. Cfr. El Federalista. Cap. LXXVIII. Hamilton, Madison y Jay. Fondo de Cultura Económica, México, segunda edición española de 1957 p. 331. Prólogo y versión de Gustavo R. VELASCO.

tomaba ninguna resolución activa, ni decidía con efectos generales y, como tal, no podía aparecer superior al legislador cuando anulaba [inaplicaba] una de sus disposiciones. En este orden de ideas, la revisión judicial de leyes no autorizaba para sustituir su deseo al del cuerpo legislativo, ni para imponer su voluntad en vez del juicio, sino para describir o descubrir el significado de las leyes mediante la aplicación de reglas lógicas como aquella sustentada en la doctrina Marschall según la cual cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que inaplicar una en beneficio de la otra, sobre la base de que *lex superior derogat inferiori*.

Con estas premisas, se mantuvo desde siempre la posición de que la intervención de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la revisión judicial de leyes debía ser estrictamente interpretativa, esto es, descriptiva, descubridora de un derecho preexistente; en otras palabras, se sostuvo que la actividad del juez constitucional no era creadora del derecho y en ese sentido la doctrina norteamericana se conectó con el prejuicio antijudicialista europeo: el de que los jueces no participan en política, ámbito reservado al poder ejecutivo y legislativo.<sup>21</sup>

No obstante, el desarrollo de la *judicial review* después de *Marbury vs. Madison* evidenció la simplicidad del tratamiento que se dió al problema del control constitucional. Por muy lógica y *jurídica* que pareciera la doctrina Marshall, en su aplicación, el control constitucional ha conducido a juicios de valor inevitablemente vagos, especialmente en lo que toca con derechos y libertades y con expresiones constitucionales como las de libertad, igualdad, equidad, etc.. Los jueces no se han quedado en el campo de lo descriptivo y han pasado al campo de lo prescriptivo, llenando con sus propios valores lo que consideran apropiado a su momento histórico. Es esta una condición del control constitucional que, al decir de CAPPELLETTI, resulta inevitable, pues los valores son creados por el hombre. A nivel estatal, por tanto, los legisladores, administradores y jueces crean y cambian valores de la misma manera. "No existe modo de escapar a este destino, que se conecta con el de los hombres: ser libres, es decir, no estar predeterminados total-

21 Autores norteamericanos destacados como Woodrow WILSON, Charles BEARD, Alexander BICKEL y, principalmente, John H. ELY, han atacado el control constitucional ejercido por la Corte Suprema norteamericana sobre la base de lo que denominan la *dificultad antimayoritaria* o carácter antimayoritario de las decisiones judiciales, que consiste en el problema que enfrenta la judicatura para justificar la inaplicación o anulación de una decisión adoptada por una mayoría parlamentaria. Cfr.: *Tres Concepciones de la Democracia Constitucional*. Bruce ACKERMAN y Carlos ROSENCRANTZ. En: *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*. (Investigación colectiva del Centro de estudios Institucionales de Buenos Aires). Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1991. pp. 15-26.

mente por reglas". La interpretación de las reglas y valores constitucionales implica necesariamente un elemento de libertad, es decir, de creatividad. En este sentido, puede decirse también que en el modelo norteamericano de control constitucional ha operado una atenuación de la idea antijudicialista, y una reevaluación de la pretensión de mostrar el control constitucional como una actividad jurisdiccional. Un ejemplo nos dará la muestra:

*El caso Baker vs. Carr*. El 26 de marzo de 1962 la Corte Suprema de los EE.UU. profirió una sentencia de trascendental importancia en el plano de los derechos políticos de la totalidad de la población americana. Ciudadanos de Nashville, capital del Estado de Tennessee, alegaban que la distribución de distritos electorales establecida por la Constitución estatal de 1870 favorecía a los electores rurales frente a los urbanos, lo que para ellos constituía una violación del principio de igual protección de las leyes establecido en la Enmienda XIV de la Constitución federal. La Corte de distrito respectiva, en primera instancia rechazó la competencia para conocer del asunto de conformidad con jurisprudencia reiterada, según la cual las disputas electorales, tanto las de índole estatal como las federales, no eran justiciables por tener el carácter de *political questions*. No contentos, los demandantes apelaron de la decisión ante la Corte Suprema, quien determinó, en una polémica decisión, que los tribunales federales sí tenían competencia para resolver la cuestión, y ordenó la devolución del expediente a la primera instancia para la resolución del fondo del asunto, ordenando que se procediera a una redistribución de distritos y puestos electorales de conformidad con la distribución de la población y ajustándose al principio de igualdad.

*Baker vs. Carr* rompió con una tradición jurisprudencial que consideraba actos de gobierno o cuestiones políticas, aquellos asuntos relacionados con disputas electorales federales o estatales, que correspondía definir a instancias políticas, como expresamente preveían las constituciones estatales. En efecto, las constituciones de los estados establecen una revisión periódica de la distribución electoral, con el fin de reajustar los cambios de población; sin embargo, las legislaturas no ejercían esta competencia porque no convenía a determinadas mayorías parlamentarias. En el caso específico de *Baker vs. Carr*, la situación preexistente al fallo resultaba muy favorable a los legisladores de Tennessee, cuyos intereses eran predominantemente agrarios (partido republicano) y, por tanto, no tenían ninguna intención de ceder su predominio político en favor de un electorado urbano de carácter progresista (demócratas), revisando el desajuste entre población y representación ante las Cámaras. El fallo de la Corte, obligó a los jueces de instancia a verificar las nuevas redistribuciones.



El contenido político de ésta decisión le mereció un comentario especial a LOEWENSTEIN, quien no dudó en calificar el fallo como “una piedra miliar en la historia del constitucionalismo americano, de importancia similar a decisiones como *Marbury v. Madison*”<sup>22</sup>, no sólo por recoger la doctrina de las *political questions* en asuntos electorales, sino además por cuanto tuvo un efecto en la totalidad del sistema electoral y no se circunscribió al caso concreto alegado por los ciudadanos de Tennessee, aspecto este último que, según la tradición, caracteriza el modelo de control constitucional en Estados Unidos.

Sin dejar de ocultar su satisfacción por la decisión de la Corte, LOEWENSTEIN reconoce no obstante la “ampliación revolucionaria de la función judicial” que se dió en este caso:

“En cuanto a su formulación -dice-, [la decisión] aparece revestida de la más intachable forma jurídica. Su carácter es, en definitiva, el de un acto legislativo. Materialmente, reemplaza a los órganos legislativos competentes, que se habían abstenido de cumplir su misión durante un período de tiempo demasiado largo. Va bastante más allá de la actividad judicial normal de aplicación e interpretación del Derecho vigente, y actúa como una ley de delegación dirigida a los tribunales inferiores para su ejecución (...)”<sup>23</sup>

Este caso demuestra que aquella doctrina según la cual el poder judicial no tomaba ninguna resolución activa, ni decidía con efectos generales no es completamente cierta. En *Baker v. Carr* operó una sustitución judicial de las legislaturas, mediante un procedimiento más que interpretativo [descriptivo] de la Constitución, en la medida en que obligó a los jueces a verificar la redistribución electoral existente y a actualizarla.

### 3.2. UN CASO DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA

El 25 de mayo de 1993 se produjo una sentencia (Exp. 225-93) de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca que ha sido calificada como un “hito en la historia

22 *La Función Política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos* (Comentario en torno al caso *Baker v. Carr*). En: Revista de Estudios Políticos, Numero 133, enero-febrero de 1964. Instituto de Estudios Políticos, Madrid. pp 5-39.

23 *Ibidem*, p. 17.

del constitucionalismo occidental”.<sup>24</sup> El fallo fue el producto de una irregular situación política en la que el Presidente de la República decidió expedir unas *Normas temporales de Gobierno*, mediante las cuales suspendió determinadas disposiciones constitucionales: declaró disuelto el Congreso, destituyó magistrados de la Corte Suprema de Justicia y se arrogó competencias de carácter legislativo. La Corte de Constitucionalidad, como la generalidad de tribunales de ésta índole, tenía limitadas sus competencias lo bastante como para impedir que aprehendiera de oficio el conocimiento de los decretos mediante los cuales el Presidente había formalizado tales decisiones obedeciendo a criterios palmariamente dictatoriales.

Esta situación no obstó para que el Alto tribunal, mediante una interpretación finalista de los artículos 268 y 272 de la Constitución de 1985, interviniera para conocer de tales medidas, convirtiendo su finalidad en una competencia, y declarara inconstitucionales tales decisiones. El argumento central de la Corte guatemalteca en aquella ocasión consistió en que los actos normativos de las ramas legislativa y ejecutiva contrarios a los mandatos de la Constitución no podían vincular ni a particulares ni a organismos estatales y, por tanto, se hacía necesaria una declaración de inconstitucionalidad que recuperara el equilibrio de poderes pre-existente.

Evidentemente, este fallo mostró a la Corte de Constitucionalidad resolviendo crisis vitales del Estado que, para la ortodoxia constitucional, es decir, para quienes consideran que los jueces no deben ahondar en temas políticos dada su supuesta falta de legitimación democrática y su pregonada función eminentemente jurídica y reglada, debió ser vista como una actitud de bulto inadmisibles, puesto que se trató de una actuación sin mandato constitucional expreso, de la misma manera que tampoco el Presidente guatemalteco tenía mandato constitucional expreso para disolver las cámaras. Sin embargo, el fallo de la Corte no fue reprochado; antes por el contrario, la doctrina se apresuró a darle un matiz jurídico a la decisión interpretando por ejemplo que era “posible reconocer la existencia de competencias que, si bien específicas, no se encuentran de manera explícita, en la medida en que tal reconocimiento pueda deducirse del texto constitucional”.<sup>25</sup>

Pues bien, del texto constitucional bien pueden deducirse competencias no explícitas, según la óptica política desde donde se mire, y la crítica a un tribunal que

24 *La Corte de Constitucionalidad Como Ultimo Guardián del Orden Constitucional*. Por: Matthias HERDEGEN. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké y otros, Medellín, 1995. pp. 337 a 343. En el mismo Anuario, pp. 321-336 pueden consultarse los textos completos del fallo.

25 *Ibidem* p. 341.

derive provechos competenciales con este argumento dependerá de la aceptación de la opinión pública constitucional al respecto. Si la opinión pública nacional e internacional se pronuncia en favor de un fallo de ese estilo, entonces no hay por qué recordar la idea antijudicialista. Por el contrario, si la intervención no resulta exitosa, no faltará quien arguya que el tribunal excedió su radio de acción y que produjo un fallo político. En el caso concreto del fallo de 1993, la salida de la Corte resultó exitosa por su inequívoca militancia en favor de la democracia, aunque no por ello la decisión resultó ser menos política.

Y aun cuando la Constitución de 1985 hubiese previsto semejante contingencia de crisis constitucional en Guatemala y le hubiese asignado la competencia explícita al Tribunal, tampoco habría lugar a alegar el supuesto carácter jurídico de la decisión, porque lo que vale como político es que un órgano pueda pedir a otro órgano cuentas de su actuación y que tenga la facultad de oponerse y abortar una decisión tomada por otro poder. Esto era impensable dentro del principio ideal de la separación en donde el poder judicial aparecía políticamente nulo.

### 3.3. UN CASO ARGENTINO.

El Derecho constitucional argentino no reconoció bajo la Constitución de 1853-60 un procedimiento preferente y sumario para la protección de derechos fundamentales de la persona, a no ser el de *habeas corpus* para tutelar específicamente el derecho de libertad.<sup>26</sup> La Corte Suprema de Justicia, por tanto, se había negado históricamente a reconocer un procedimiento de ese tipo en vista de la precariedad de las leyes de procedimiento. Sin embargo, en el caso *Angel Siri* (Fallos 239-459) de 1957 varió por completo el panorama cuando la Corte Suprema decidió recoger su tradicional jurisprudencia y declarar la procedencia ante los jueces de lo que se llamó el *recurso de amparo*, que tuvo el efecto no sólo de incidir en el caso concreto, sino que puso en manos de todos los ciudadanos argentinos hacia el futuro la posibilidad de utilizar este recurso no reconocido - al menos directamente- por el orden jurídico.

Un ciudadano, en efecto, había hecho uso del *hábeas corpus* para reclamar el derecho constitucional a la libertad de imprenta y en contra de la clausura de su

26 La Reforma constitucional argentina de 1994, incluyó entre sus "Nuevos Derechos y Garantías" la posibilidad de interponer acción subsidiaria, expedita y rápida de amparo contra actos u omisiones de autoridades públicas o particulares que atenten contra los derechos y garantías reconocidos en la Constitución (art. 43).

diario. Tanto en primera como en segunda instancia los jueces denegaron la petición al estimar que el *habeas corpus* sólo protegía la libertad personal con exclusión de otros derechos y libertades. Al conocer del asunto, la Corte Suprema se mostró en favor del actor y declaró que bastaba la comprobación del atentado contra un derecho constitucional para que la garantía invocada fuera restablecida por los jueces en su integridad, *sin que pudiera alegarse en contra la inexistencia de una ley reglamentaria*.<sup>27</sup>

Es evidente que *Angel Siri* representa típicamente un caso de creación judicial de derecho, que no es posible explicar desde la doctrina tradicional sino sobre la base de reevaluar el principio de la separación de poderes en el que el juez viene determinado por el *derecho legislativo* preexistente. Así es justamente como lo entendió la propia doctrina argentina.<sup>28</sup>

### 4. EL CASO COLOMBIANO. EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA SUPERACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES.

Existen varias manifestaciones externas e internas de la función asignada a la Corte Constitucional en la Carta de 1991 que indican, por una parte, la dificultad de entender que el control constitucional sea una manifestación de la idea de lo *jurisdiccional* (art. 116) y que confirman, por otra parte, la insuficiencia de la doctrina tradicional de la separación de poderes para explicar el actual funcionamiento del Estado.

Entre las manifestaciones externas podemos contar los mecanismos electivos de los magistrados de la Corte Constitucional y su función de árbitro de las disputas legislativo-ejecutivo; entre las manifestaciones internas, están las propias decisiones de la Corte, marcadas por un grado importante de discrecionalidad y una marcada tendencia legislativa en la configuración de sus fallos. Y todo esto se dirá a conciencia de que la propia Corte Constitucional ha manifestado, con un criterio

27 Caso registrado por el profesor Germán BIDART CAMPOS en: La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales. Buenos Aires, Ediar, segunda edición, 1984, pp. 82-83.

28 El profesor BIDART CAMPOS explica que se crea derecho constitucional material por la vía judicial cuando "(...) una sola sentencia, o más de una, (...) invisten el carácter de "modelo" y son susceptibles de provocar, o provocan, "seguimiento". Estamos ante el "precedente" o el "leading-case", que por delante desata la imitación, o sea, que sirve de pauta para resolver de manera equivalente una cuestión semejante en casos posteriores y futuros". Ese fue justamente el caso *Angel Siri*, un caso típico de creación judicial del derecho. Cfr. La Corte Suprema, *cit.*, pp 24.

de increíble formalismo, que la función del control constitucional es de carácter *judicial-jurisdiccional*.<sup>29</sup> Veamos:

#### 4.1. LA ELECCIÓN DE MAGISTRADOS.

La primera peculiaridad que llama la atención en torno a la posición de la Corte Constitucional en Colombia y su pretendida función *jurisdiccional* en el marco de las funciones del Estado, dice relación con la elección de sus magistrados. Si se tratara verdaderamente de un tribunal con funciones *jurisdiccionales*, sería de esperarse que sus magistrados no tuvieran una forma de nombramiento distinto al de los demás altos jueces de otras corporaciones a las cuales nadie discute su carácter *jurisdiccional*. Sin embargo, sí existen diferencias apreciables en este punto. En efecto, mientras que los magistrados del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por la respectiva corporación de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura (art. 231 de la Carta), los magis-

29 "A pesar de que autores tan destacados como Kelsen y Calamandrei (...) han sostenido que cuando el control de constitucionalidad es principal y general, "el órgano que ejerce este control no es un órgano jurisdiccional" sino "paralegislativo" o "superlegislativo", lo cierto es que la Carta de 1991 se separó de tal criterio y en el Capítulo 4o. de su Título VIII - artículos 239 y siguientes- incluyó como parte de la rama judicial a la jurisdicción constitucional. Y a su cabeza colocó a esta Corte, confiándole "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución" (Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena. Auto de septiembre 1o. de 1994, Expediente T-32.352, con ponencia del magistrado Jorge ARANGO MEJÍA). En un fallo posterior de la misma Corte, se reiteró lo dicho en el Auto de septiembre de 1994 y se agregó que "Objetivamente, la justicia constitucional comprende un haz de funciones jurisdiccionales organizadas con la finalidad específica de garantizar la defensa de la Constitución, y subjetivamente, los diversos órganos a los cuales se han asignado dichas funciones (...)" y más adelante se dice que "Por lo demás, la actividad de la Corte es por esencia jurisdiccional, salvo en las actuaciones afines al nombramiento y remoción de personal y a lo que concierne con la organización y su funcionamiento interno" (Sentencia T-424 del 26 de septiembre de 1995, con ponencia del magistrado Antonio BARRERA CARBONELL. Cursivas fuera de texto)

Frente a este criterio formal utilizado por la Corte para definir su función, sería bueno recordar que Carl SCHMITT cuestionaba la identificación que se hacía entre lo *judicial* y lo *jurisdiccional*, para dar a entender que no se trata de términos idénticos: "Este género de lógica procede por un encadenamiento de equívocos: Justicia es aquello que hace un juez, y, por consiguiente, todo cuanto hace un juez es Justicia; el juez es independiente, luego todo aquel que es independiente es un juez; por consiguiente, todo cuanto hace un organismo independiente, bajo la égida de su independencia, es Justicia". (Cfr. La Defensa de la... Cit. pp 79-80). Parece que en este error de razonamiento incurre la Corte Constitucional cuando define su función como *jurisdiccional*, a partir del criterio orgánico de su adscripción a la rama judicial. Esto, también a mi modo de ver, resulta inconveniente e impropio.

trados de la Corte Constitucional, curiosamente, son elegidos por el Senado de la República de ternas presentadas por el Presidente, la Corte Suprema y el Consejo de Estado (art. 239 de la Carta).

¿A qué se debe esta diferencia cuando se trata de la Corte Constitucional? ¿porqué intervienen el Presidente y el Senado en la designación de sus magistrados? Parece ser que esta peculiar situación se debe a un intento por soslayar lo que se ha llamado en la doctrina de la separación de poderes tradicional la *dificultad contra o antimayoritaria*, que consiste en lo siguiente: no es posible que un juez, no elegido democráticamente, es decir, popularmente, tenga en sus manos el poder para anular la decisión tomada por órganos elegidos democráticamente, luego de sus respectivos debates públicos.<sup>30</sup>

Esta *dificultad antimayoritaria* se obviaría si los jueces fueran también elegidos democráticamente, pero como ello no parece estar acorde con la función encomendada y con la tradicional concepción imparcial del juez, no se considera conveniente esta salida. Cuál sería entonces la solución? pues aquella según la cual los órganos democráticamente elegidos intervienen en la designación del juez constitucional, de modo que queden indirectamente legitimados por los representantes del pueblo, en una ceremonia parecida a la del hada madrina que toca al plebeyo con su varita mágica convirtiéndolo en príncipe.<sup>31</sup>

30 Ver nota No. 19 supra. Una presentación y explicación de este problema específico a nivel latinoamericano puede consultarse en Genaro R. CARRIÓ: *Una Defensa Condicionada de la Judicial Review*. En: Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad. Investigación Colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1991. pp. 139-170.

31 La Corte Constitucional ha desestimado este problema de la *dificultad contramayoritaria* con un argumento que rechaza explícitamente cualquier criterio de legitimación formal y *a priori* de las instituciones que conforman el aparato estatal. "La legitimación democrática de la administración de justicia -en el aspecto de su conformación no tan intensa como la presente en otras ramas-, sólo adquiere una medida cabal cuando su actuación se endereza, con independencia e imparcialidad, a la configuración de un orden justo (C.P. arts. 2 y 228)" "La libre función interpretativa de los hechos y de las normas, quehacer habitual del juez, alcanza tanta legitimidad cuanto justicia dimana de sus fallos, para lo cual deberá cuidar que las reglas sean adecuadas al caso o realidad de que se trate". (Corte Constitucional. Sentencia C-025 de febrero 4 de 1993, con ponencia del magistrado Eduardo CIFUENTES MUÑOZ). La legitimidad de los órganos estatales, en el argumento de la Corte, no viene dada de antemano, como en el principio de la separación, sino que se obtiene en la marcha, en el propio ejercicio de sus competencias, en su fidelidad a los valores y principios constitucionales. Esta concepción es una verdadera estocada a la doctrina tripartita, que no puede explicar de antemano el problema de la legitimidad de función del control constitucional.

En el fondo, lo que deja entrever esta peculiaridad es que en realidad la Corte constitucional no es vista exactamente como un órgano *jurisdiccional*, a pesar de todo el revestimiento procesal en el desarrollo de sus competencias y de su localización orgánica dentro de la rama judicial (art. 116 *ibidem*); se confiesa mediante esta manera peculiar de designar a sus magistrados que existe cierta claridad en torno a la especial misión atribuida a la Corte Constitucional y que su obrar recae justamente sobre quienes proponen y eligen a los magistrados constitucionales, es decir, sobre el Congreso y del Presidente. Esta labor viene a ser muy distinta de la que se encarga de resolver conflictos intersubjetivos de intereses a partir de la ley y sobre la base de ella, tal como se expresa lo jurisdiccional en la doctrina tradicional.

Por este aspecto, la Constitución no es coherente al definir como órgano de administración de justicia a la Corte Constitucional.

#### 4.2. FUNCIÓN DE ÁRBITRO DE LAS DISPUTAS EJECUTIVO-LEGISLATIVO

Un segundo aspecto constitucional que parece necesario destacar dice relación con la atribución de árbitro del Congreso y del Presidente de la República asignada a la Corte Constitucional, para el caso de una divergencia en torno a la factibilidad constitucional de proyectos de ley objetados por el Presidente. En efecto, cuando ocurra que el Presidente objete un proyecto de ley total o parcialmente, éste debe volver a las cámaras a segundo debate. Tratándose de objeción por inconstitucionalidad, la insistencia de las cámaras obliga que el proyecto pase a la Corte constitucional para que ella decida sobre su constitucionalidad, eventualidad en la que pueden suceder tres cosas: que la Corte lo considere inconstitucional, en cuyo caso debe archivar el proyecto; que la Corte lo considere constitucional, en cuyo caso el Presidente queda obligado a sancionarlo. Pero puede suceder también que el proyecto resulte parcialmente inconstitucional (inexequible), en cuyo caso la Corte lo remitirá a la Cámara de origen para que, oído el ministro del ramo, *rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte* (art. 167). Esta facultad de la Corte, novedosa en nuestra tradición constitucional, contiene una atribución a todas luces legislativa que se complementa con el poder de iniciativa constitucional asignado en materias relacionadas con sus funciones (art. 156 *ibid*) y que resulta bastante acorde con la doctrina según la cual la función realmente atribuida a un tribunal constitucional presenta estribos legislativos.

También por este aspecto la Constitución contradice la calificación que ella misma hace de la Corte Constitucional como órgano de administración de justicia, puesto que en el principio ideal de la separación de poderes nada tendría que ver el juez en el proceso legislativo o en los conflictos entre órganos constitucionales.

#### 4.3. ATRIBUCIONES "ESTRICTAS Y PRECISAS" DE LA CORTE.

##### EL CASO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN.

Cabe destacar también la peculiaridad de la función de la Corte Constitucional en cuanto a sus atribuciones concretas y al ejercicio práctico de sus competencias: A la Corte se confía la guarda y supremacía constitucional "en los estrictos y precisos términos" del artículo 241 de la Constitución. La idea de que sean estrictas y precisas sus facultades se debe a los resabios de la doctrina de la separación de poderes que teme la actuación espontánea de una institución de ésta índole, y un intento de negar que la misma creación de este tribunal implica la renuncia a la doctrina de la separación (puesto que no se cree ya en los atributos de infalibilidad, inalienabilidad, indivisibilidad de la función legislativa). Trata, pues, en esta forma de mantenerse cierto equilibrio que no permita que la Corte se convierta en la instancia superior del Estado.<sup>32</sup>

En el plano práctico, sin embargo, el ejercicio de competencias por parte de la Corte Constitucional no ha podido resultar tan *estricto y jurisdiccional*

32 Dice el profesor BIDART CAMPOS: "Y ya, sin que quepa hablar de jerarquía propiamente dicha, ni de subordinación ni obediencia, y dentro del más puro formalismo divisorio del poder, tenemos que recordar que la diversificación de órganos y funciones -aun iguales y en paridad de rango- no exime de un *control final* a las decisiones, para mantener a cada órgano dentro de su competencia y de su encuadre constitucional. De donde si tal función se adjudica al poder judicial, no hay invasión de otros poderes cuando invalida o declara inconstitucional un acto emitido por los mismos, porque con ello el poder judicial no se erige en superior de los otros, sino meramente en *custodio* de la Constitución. Y entonces, la revisión y el control no tienen el sentido de convertir al ejecutivo y al legislativo en órganos dependientes del judicial, sino de restablecer el orden constitucional" (Cfr. Derecho Constitucional del Poder, Tomo I. Buenos Aires, Edlar, 1967, p. 61) (...). En una obra posterior, el profesor BIDART suaviza su planteamiento de 1967 cuando dice, refiriéndose a la Corte Suprema argentina que "Más aún, cuando en el vértice de la judicatura, la Corte Suprema se erige en intérprete último de la Constitución y en guardián final de su supremacía, advertimos que de alguna manera acumula más poder que el Ejecutivo y el Congreso, porque está en condiciones de declarar que cualesquiera de los otros poderes ha usado de sus competencias en transgresión a la Constitución, y de poner en acción su poder de impedir (...)" (La Corte Suprema, *cit.*, p. 20)

como esperaban quienes consideran, amparados en el artículo 116 de la Carta, que esta institución está coherentemente enlistada en los órganos de administración de justicia. Esto se va a verificar aquí tanto en lo que concierne al espinoso tema de los estados de excepción y de la competencia de la Corte para revisar el mérito del decreto declaratorio, como al problema de los fallos de la Corte en general.

#### 4.3.1. LA JUDICIALIZACIÓN TOTAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN.

La discusión jurisprudencial en torno a si la Constitución autoriza o no a la Corte Constitucional para enjuiciar la constitucionalidad de los decretos que declaran los estados de excepción permite conocer una interesante faceta del control constitucional que cuestiona en entendimiento de su función como una manifestación de lo *jurisdiccional*. Veamos:

4.3.1.1. Desde una perspectiva jurídico-constitucional se ha sostenido que el órgano competente para evaluar y decidir finalmente sobre las razones que llevan al Gobierno a declarar un estado de excepción, o a levantarlo, es el Congreso, en ejercicio de la función de *control político* que le asigna la Constitución en los artículos 114 y 135. Sería justamente por esta razón que, de conformidad con lo establecido concretamente en el artículo 213, para el caso de la conmoción interior, «dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales», para lo cual, según el mismo artículo, «El presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración».

La misma perspectiva se ha defendido con base en argumentos de precedentes jurisprudenciales. En efecto, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, (en el caso del *estado de sitio* consagrado en el célebre artículo 121 y, a partir de la reforma constitucional de 1968, en el de la emergencia económica y social consagrado en el artículo 122), la Corte Suprema de Justicia, encargada por entonces de la jurisdicción constitucional, en reiterada jurisprudencia se abstuvo sistemáticamente de conocer de fondo sobre los motivos que, en su momento, llevaron a los gobiernos a declarar uno de estos *estados*, y se limitó a la revisión formal de los decretos. Inclusive, varios magistrados de la Corte Suprema, en salvamentos de voto, sostuvieron la tesis de que ni siquiera la Corte debería entrar a conocer de la forma, por tratarse de decretos *sui generis* o actos de gobierno que escapaban a su control.

4.3.1.2. Desde otra perspectiva, se ha defendido que la Corte, a partir de 1991, tiene asignada la competencia para pronunciarse sobre el decreto que declara un estado de excepción, con implicaciones de mérito frente a los presupuestos de hecho previstos en los artículos 212, 213 y 215 de la Carta. Esta ha sido la interpretación prevaleciente desde 1992,<sup>33</sup> basada en el argumento de que la Constitución asignó la *guarda e integridad de la supremacía constitucional* a la Corte constitucional<sup>34</sup>, de donde se derivaría que ningún acto del poder ejecutivo estaría exento de control y que, dado que a la Corte se asigna el enjuiciamiento de los decretos legislativos (art. 241-7), no cabría excluir el acto que lo declara.

Esta última resultó ser, al final, la interpretación prevaleciente. El problema que se plantea ahora es si la facultad de enjuiciar la constitucionalidad de los decretos que declaran estados de excepción puede interpretarse como una atribución de tipo *jurisdiccional* que se resuelva además de manera *jurisdiccional*. Para resolver el problema parece suficiente analizar si los presupuestos de hecho que se requieren para tomar esta medida están lo suficientemente definidos normativamente como para entender que el juez constitucional se encuentra, en el ejercicio de su control, limitado y vinculado por la norma constitucional. La respuesta es que los conceptos de *inminencia, gravedad y amenaza* que la Constitución establece como presupuestos de hecho para que proceda la declaración de un estado de excepción no se encuentran definidos normativamente, sino que se trata de *conceptos jurídicos indeterminados* que corresponde llenar al juez constitucional, con un amplio margen discrecional y, por tanto, de creación normativa.

33 Así, p.e. en la Sentencia C-004 de 1992: «La Corte tiene en cuenta que un juicio de existencia sobre el presupuesto objetivo de una eventual declaratoria, en cuanto está ligado a conceptos complejos que envuelven criterios de valoración no estrictamente técnicos - como gravedad, inminencia, amenaza, etc., debe necesariamente comportar un margen de discreta apreciación por parte del Presidente que, de todas maneras, no es en modo alguno discrecional, no puede ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse a un escrutinio lógico y racional del nexo de probabilidad que pueda enlazarse a sus manifestaciones y previsiones, así como de la misma congruencia de su argumentación a la luz de las circunstancias cuya existencia se proclama.»

34 Sentencia *Ibidem*, ratificada en la sentencia C-466 del 18 de octubre de 1995 con ponencia del Magistrado Carlos GAVIRIA DÍAZ.

Este margen discrecional, propio de la interpretación constitucional como explicó CAPELLETTI, deriva de la mayor frecuencia con la que las normas constitucionales expresan conceptos ambigüos, indeterminados e incompletos:

“El juez constitucional (...) de la misma manera pero (...) *en medida mayor de lo que sucede con el juez común, debe colmar esas lagunas y determinar, “concretar” esos conceptos; esa obra de integración y concreción debe por consiguiente llevarse a efecto necesariamente mediante una “interpretación creadora”, inspirada en los “fines” o “valores” constitucionales*” (cursivas del texto)<sup>35</sup>

De hecho, cuando la Corte decide conocer de los decretos que declaran un estado de excepción no hace otra cosa que convertir su finalidad, *la protección de la integridad y supremacía constitucional*, en una *competencia*. Del hecho de que ningún acto del ejecutivo está exento de control, no implica necesariamente que sea la Corte la encargada de efectuarlo, pues alguien podría interpretar, en una postura acorde con la doctrina de la separación, que para ello se facultó al Congreso, que desempeña también, constitucionalmente, control. En otros términos: del hecho de que los conceptos de *gravedad*, *inminencia*, *amenaza*, etc, utilizados por la norma constitucional, no estén al completo arbitrio del Presidente de la República, no se deriva para la Corte necesariamente el arbitrio de llenar esos conceptos de un contenido específico en cada caso para determinar hasta qué punto el Presidente obró dentro de los marcos constitucionales.

Sin embargo, la crítica que deriva del último análisis formulado sería aceptable sólo sobre la base de defender la doctrina de la separación de poderes en la que la actividad del juez se plantea como meramente declarativa o aplicadora de un derecho preexistente. Como no defendemos esta postura, sino que decimos que precisamente resulta incompatible enfocar la llamada justicia constitucional como una proyección de la separación de poderes, parece válido que dadas las peculiares características de las normas constitucionales, la Corte derive competencias de su finalidad. La actividad de la Corte está vinculada necesariamente a fines: los consignados en el preámbulo, en los principios fundamentales, etc.;<sup>36</sup> su propia

35 CAPELLETTI, Mauro. *La Actividad y los Poderes del Juez Constitucional en Relación con su Fin Genérico* (Naturaleza Tendencialmente Discrecional de la Providencia de Actuación de la Norma constitucional). En: *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1974, pp. 407. Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO.

justificación es la de proteger la integridad y supremacía de la Constitución. Pero no puede dejar de reconocerse que la interpretación con arreglo a fines es siempre definible como actividad discrecional, tanto más cuanto más general y supremo sea el fin vinculante:

“La interpretación constitucional -que es, como se ha visto, una actividad vinculada más frecuente y acentuadamente que ninguna otra interpretación jurídica solamente a un fin, y por lo común a un fin que tiende a asumir la calidad de fin (o sea de valor) supremo del ordenamiento- revela por consiguiente una tendencia más acentuada a manifestarse como interpretación *ad finem* y puede considerarse por tanto como una *actividad tendencialmente (y acentuadamente) discrecional*.”<sup>37</sup>

De cualquier manera, parece claro que el control de los decretos declaratorios de un estado de excepción no está basado en parámetros absolutamente ligados a la Constitución, puesto que los conceptos de *inminencia*, *gravedad* y *amenaza* no se encuentran definidos normativamente, sin que pueda

36 La Corte Constitucional, en Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992, con ponencia conjunta de los magistrados José Gregorio HERNÁNDEZ y Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO, expresó que “Esta Corte, por el contrario, estima indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual el derecho no se agota en las normas y, por ende, el constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política (...)” “Juzga la Corte Constitucional que el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativo o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución, porque traiciona sus principios.” Y aunque en otras ocasiones la Corte ha insistido en que sus juicios son *objetivos* y que excluyen, por tanto, *cualquier valoración en justicia o en finalidad* (Cfr. sentencia C-086 del 1 de marzo de 1995, con ponencia del magistrado Vladimiro NARANJO MESA), hay que decir que esta no es la concepción que se deriva de sus fallos en general.

Por su parte, el profesor BIDART CAMPOS, citado en el fallo C-479 citado *supra*, pondera también la nota de flexibilidad de la norma constitucional al referirse al valor normativo del preámbulo: “Nosotros discrepamos con quienes niegan normatividad al preámbulo; por el hecho de ser una declaración de principios no quiere decir que no marque rumbos, que no contenga normas, que no emita enunciados revestidos de ejemplaridad. Lo que dice el preámbulo debe hacerse. De lo contrario, sería inútil. Por algo sintetiza lo que se da en llamar principios fundamentales de la Constitución, principios directivos que dominan todo el conjunto del Derecho Constitucional” (Cfr. BIDART CAMPOS, German. *Derecho Constitucional del Poder*. Buenos Aires, Edlar, Tomo I, p. 315).

En estas interpretaciones se evidencia el tendencial carácter finalístico de la interpretación constitucional.

37 CAPELLETTI, *ibidem*, pp. 437.

decirse que se trata de un caso de *aplicación* de la Constitución en el sentido de una aplicación de un derecho preexistente en la forma de reglas concretas y, en esa medida, estamos ante una competencia de marcado carácter discrecional (político) que cuestiona el encuadramiento judicial-jurisdiccional de la Corte Constitucional.

En los primeros casos jurisprudenciales, los decretos sometidos a examen pasaron el juicio de constitucionalidad sin que la discusión hubiera trascendido aun cuando había operado el trascendental cambio de jurisprudencia; la resonancia sobrevendría después, cuando en 1994, en la revisión constitucional del Decreto N° 874 de 1994 que declaró un nuevo estado de conmoción interior,<sup>38</sup> la Corte decidió nuevamente examinar si las circunstancias que configuran el presupuesto fáctico de la declaratoria de Conmoción Interior alegadas por el Gobierno en esa ocasión, podían ser calificadas como constitutivas de una *grave perturbación del orden público que atentara de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana* y, de otro lado, si la situación descrita no podía ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de policía. La opinión de la Corte fue decisiva: Los presupuestos fácticos no se habían dado y en consecuencia las medidas extraordinarias fueron declaradas inexecutable.

Por supuesto que esta declaración generó enconadas polémicas que, desde los propios salvamentos de voto, acusaban a la mayoría dentro de la Corte de haberse atribuido "una competencia que es, según los términos empleados por el constituyente, de *eminente connotación política*, (...) la calificación de los hechos y de las causas invocadas por el gobierno como constitutivas de las situaciones de perturbación, que no simples circunstancias como lo entiende la mayoría de la Corte, corresponde a otros órganos y a otros poderes dentro de nuestra organización constitucional. (...) la competencia en cuanto hace al control de la declaración de dichos estados la tiene el Congreso de la República y no la Corte Constitucional, con respecto a las causas que dieron lugar a los mismos." (cursivas fuera de texto)<sup>39</sup>

38 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-300 del 1 de julio de 1994, con ponencia del Magistrado Eduardo CIFUENTES MUÑOZ

39 Salvamento de voto de los magistrados Hernando HERRERA VERGARA, Fabio MORON DIAZ y Vladimiro NARANJO MESA quienes, con los argumentos transcritos, manifestaron no compartir la decisión de fondo de la Sala Plena de la Corte Constitucional del 30 de junio de 1994, mediante la cual se declaró inexecutable, por *razones de fondo*, el Decreto No. 874 de 1994, por el cual se declaró el Estado de Conmoción Interior.

Los magistrados que salvaron el voto en esa ocasión alegaban además que *ningún juez dentro de los estados democráticos y de derecho está habilitado para aplicar, en juicios de carácter abstracto, conocimientos propios de las técnicas de la estrategia militar, ni de las tácticas de guerra, de la inteligencia o contrainteligencia policiva o militar ni delincuencia, como si correspondiera al jefe del poder ejecutivo.*

En estas críticas al fallo de la Corte se ponía de presente el tradicional argumento de la doctrina de la separación de poderes según el cual existen unas ciertas zonas de reserva para cada poder que implica la exclusión de los demás, especialmente la imposibilidad de fiscalización de los hechos determinantes de una potestad tradicionalmente considerada política por parte del mismo poder judicial.<sup>40</sup>

Discusión idéntica provocó un año más tarde la invalidación de otra conmoción interior decretada por el Gobierno. La Corte arguyó también que el Presidente no disponía de "discrecionalidad jurídica alguna" para efectos de calificar la existencia de los presupuestos de hecho de la declaración de la conmoción y llegó a la conclusión en el caso concreto de que "los hechos narrados [en la exposición de motivos del gobierno] no tienen el carácter de coyunturales, transitorios ni excepcionales, que deban ser conjurados mediante medidas de excepción, sino que constituyen patologías arraigadas que merecen tratamiento distinto por medio de los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado para sortear problemas funcionales y estructurales normales"<sup>41</sup>

Los salvamentos de voto persistieron, aunque mucho más agresivos y explícitos en destacar que la Corte "ejerce cada día poderes más amplios e invade la esfera reservada por ley a otras autoridades" con lo cual habría "comenzado a escribir el acta de defunción de la Constitución de 1991", pues esta

40 En una defensa recalcitrante de la teoría de los actos políticos o de gobierno, detraídos del control jurisdiccional, el jurista argentino Carlos F. BALBIN, afirma que: "El principio de la separación de poderes es respetado [en la doctrina de los actos de gobierno] por cuanto existe una zona de reserva de cada poder, en consecuencia el poder judicial sólo podrá controlar esa zona con carácter limitado, de lo contrario podría paralizarse u obstaculizarse la actividad parlamentaria o administrativa". Cfr. *El Control de los Actos Políticos*. En: Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad, *Op. Cit.* p. 63.

41 Corte Constitucional. Sentencia C-466 del 18 de octubre de 1995, con ponencia del magistrado Carlos GAVIRIA DÍAZ. Fallo recaído sobre el Decreto 1370 del 16 de agosto de 1995, declarado inexecutable.

decisión "obedece a una especie de sobrevaloración institucional que es ajena al ponderado equilibrio de poderes en que consiste el sistema democrático".<sup>42</sup>

Después de este último fallo mencionado, un magistrado hizo una defensa pública de la posición mayoritaria de la Corte, dejando entrever que la razón por la cual decidieron examinar los presupuestos de hecho determinantes de estado de excepción había sido que el Congreso no estaba cumpliendo tarea política de controlar al Presidente, lo cual obligó a la Corte a intervenir:

«El argumento de la Corte Constitucional para modificar el formalista criterio de su antecesora [la Corte Suprema] fue sencillo: ya que el control político del Congreso es puramente teórico -pues jamás lo ejerce- no corresponde a la función de control de constitucionalidad, confiada a la Corte, representar una comedia en el plano jurídico y permitir que el Presidente, cumplido el requisito formal de estampar cierto número de firmas, se rodee voluntaria y unilateralmente de poderes, desplaze al Congreso de la República en el ejercicio de la función legislativa y restrinja, sin control ni verificación sustancial alguna los derechos y las garantías de los ciudadanos»<sup>43</sup>

Aquí se reconoce que el control de la declaración del estado de excepción es un control político y que en vista de que el Congreso no lo ejerce, la Corte debe hacerlo en función de proteger los derechos y garantías ciudadanas. En últimas, la Corte decidió ejercer el control político que no hizo el Congreso. Esto rebasa con mucho las atribuciones de un juez ordinario y de una función *jurisdiccional*.

La verdad de todo es que efectivamente el control constitucional, y no sólo en casos tan sensibles como éstos, rebasa la doctrina de la separación de poderes y no puede explicarse a la luz de ella. Si bien los salvamentos de votos y las críticas a la Corte son coherentes desde la perspectiva ideal de la separación, están erradas pues no es en esta perspectiva desde donde pueda explicarse una función de control de constitucionalidad.

42 Salvamento de voto de los magistrados Fabio MORÓN DÍAZ y Jorge ARANGO MEJÍA al fallo *ibidem*.

43 *Regreso a la Dictadura Constitucional*. Por: JOSE GREGORIO HERNANDEZ. Periódico: Caja de Herramientas, año 5, # 42, Bogotá, noviembre de 1996, p. 3

#### 4.4. EL MARCADO CARÁCTER LEGISLATIVO DE LOS FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La llamada *jurisdicción ordinaria*, enfocada básicamente a la solución de conflictos intersubjetivos de intereses, produce sentencias que podríamos denominar de todo o nada, es decir, decisiones imperativas en las que se *reconocen* o niegan derechos, según se verifiquen o no los presupuestos de hecho de una determinada relación jurídica.

Sin embargo, en el caso de *jurisdicción constitucional*, el estudio de las sentencias de la Corte enseña que sus fallos no se puede enfocar de la misma manera, como en una relación de blanco o negro, de todo o nada; y hasta resulta simplista ver en sus decisiones meras declaraciones de *exequibilidad* o de *inexequibilidad*. El mismo hecho de que sus sentencias recaigan sobre normas y no sobre conductas intersubjetivas es ya un fenómeno que causa extrañeza por sus reflejos en la teoría misma del proceso y de la cosa juzgada; porque no es lo mismo, procesalmente hablando, deducir contra alguien una pretensión que demandar el retiro de una norma del ordenamiento jurídico; ni tiene los mismos efectos la decisión: no es lo mismo obligar a alguien a dar, hacer o no hacer algo mediante un mandato definitivo con efectos concretos y particulares, que ordenar el retiro de una norma del ordenamiento jurídico, con efectos generales e indeterminados sobre todas las personas involucradas o no por la norma.

Aunque formalmente las sentencias de la Corte exhiben un ropaje procesal muy similar al de las sentencias de la jurisdicción ordinaria, mirados su objeto, contenido y efectos, la diferencia es bien significativa y frente a esto no debemos llamarnos a engaño. Por sus efectos temporales, los fallos de la Corte constitucional son diferentes dada la falta de criterios normativos y la imprevisibilidad de la jurisprudencia para fijarlos; por sus efectos vinculantes, los fallos de la Corte son especiales dada la asociación de sus fallos con normas constitucionales; por su contenido, en la variable manera de retirar la norma o proyecto de norma del orden jurídico, y por su objeto, porque se trata de examinar la validez de una norma o un proyecto de norma, e incluso, sugerir iniciativas ante el Congreso de la República y ordenar a esta corporación integrar los proyectos que en el trámite de la objeción presidencial llegue a conocer de acuerdo con sus dictámenes.

#### 4.5. LOS EFECTOS TEMPORALES DE LOS FALLOS DE LA CORTE

En el caso de los efectos temporales, la Corte se ha reservado la facultad de fijarlos; por lo tanto, no existe una regla predeterminada aplicable para esta cues-



ción. Inicialmente, el Decreto 2067 de 1991, art. 21 inc. 2 (reglamentario de las actuaciones ante la Corte), había establecido que sólo las sentencias dictadas en asuntos penales, policivos o disciplinarios tenían efectos retroactivos. La Corte posteriormente dijo que esta norma no se avenía a la Carta y la declaró inexecutable con el argumento de que:

«La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos (...), nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la «integridad y supremacía de la Constitución», porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos.»<sup>44</sup>

En otra ocasión, la Corte Constitucional ratificó esta tesis sobre los efectos pasados o futuros de sus determinaciones:

«Pero, fuera del poder constituyente, a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste? Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo, y de la Constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica».

«En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad.»<sup>45</sup>

La Corte sospechó muy seguramente que en otros asuntos como los económicos también era necesario retrotraer los efectos de una declaración de inconstitucionalidad para asegurar la eficacia de sus fallos frente a las viola-

44 Corte Constitucional. Sentencia C-113 del 25 de marzo de 1993, con ponencia del magistrado Jorge ARANGO MEJÍA.

45 Corte Constitucional. Sentencia C-145 del 23 de marzo de 1994, con ponencia del magistrado Alejandro MARTINEZ CABALLERO. En esta oportunidad la Corte aclaró incluso que la declaratoria de inconstitucionalidad supone la reviviscencia de las normas que habían sido derogadas por aquella que se declara inexecutable, sugiriendo con ello que la sentencia es, para estos efectos, declarativa; no así frente a las situaciones consolidadas a la luz de normas inconstitucionales retiradas del ordenamiento.

ciones de la Constitución, consideración que, evidentemente, es política y es análoga a la facultad que tiene el Congreso para darle retroactividad a una ley o para diferir su entrada en vigor hacia el futuro. De hecho, en algunas ocasiones, la Corte ha declarado la retroactividad de normas que inconstitucionalmente ordenaban impuestos o en asuntos laborales.<sup>46</sup> Pero no siempre es así y le toca al operador jurídico atenerse a lo que diga la Corte para el caso particular.

Los criterios para decidir la retroactividad o irretroactividad de los fallos constitucionales, dado que en el ordenamiento jurídico-constitucional no están definidas las reglas para declarar lo uno o lo otro, son, según la propia Corte, “los fines del derecho objetivo, y de la Constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica”; y ya vimos como la interpretación con arreglo a fines es una actividad de marcada tendencia discrecional, por lo cual es de esperar que sea la especial coyuntura política o la especial gravedad de los efectos de las normas declaradas inexecutable las que determinen tal cuestión, por ejemplo la especial trascendencia que en la hacienda pública pueda tener un fallo en materia económica o la especial trascendencia de las normas anuladas en el ámbito de los derechos fundamentales.<sup>47</sup>

46 Mediante la Sentencia C-149 del 22 de abril de 1993, la Corte constitucional declaró la inexecutable de los llamados *bonos para desarrollo social y seguridad interna (BDSI)*, que habían sido creados en la Ley 6ª de 1992. En la parte pertinente del fallo se ordenó “reintegrar, en un término que no podrá ser superior a seis meses contados a partir de la comunicación de esta sentencia, la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de la aplicación del artículo 17 de la Ley 6ª de 1992”.

47 Otras sentencias de efectos retroactivos son las siguientes: C-023 de 1994, con ponencia del Dr. Vladimiro NARANJO MESA en la que se resolvió declarar inexecutable el literal a) del artículo 39 y el artículo 40 del Decreto 1674 de 1991, agregando que “Dicha inexecutable rige a partir de la fecha de expedición del decreto 1647 de 1991”; y la C-037 de 1994, con ponencia de Antonio BARRERA CARBONELL, en la que se declararon inexecutable algunas normas del Decreto Ley 603 de 1993 que afectó el derecho preferencial de los trabajadores para acceder a la propiedad accionaria del Estado, por lo cual la Corte resolvió que “con el fin de garantizar la efectividad de los derechos que puedan corresponderles a los sujetos a que alude el inciso 2o. del art. 60 de la Constitución Política, los efectos jurídicos de la presente decisión se generan desde el 2 de mayo de 1993, fecha de iniciación de la vigencia del Decreto 663”.

Aún así, la posición de la Corte no es coherente. Por ejemplo, en el fallo C-300 de 1994 que recayó sobre la declaración de un estado de excepción, la Corte resolvió “Disponer que los efectos de la presente declaratoria de inexecutable sólo se producirán a partir de la notificación de esta sentencia”, sin que en el fallo se hubiera siquiera planteado el porqué de esta decisión de no darle efectos retroactivos a su decisión; en otros fallos similares, como en el C-466 de 1995, en el que también se declaró inexecutable un estado de excepción, la Corte no dijo nada sobre los efectos de la decisión, ante lo cual se interpretó que se habían dado efectos retroactivos al fallo.

Lo cierto de todo esto es que la Corte no reconoce la existencia de reglas más allá de los fines constitucionales que predeterminen la fijación de efectos de sus fallos y, por tanto, su decisión es libre, es decir, espontánea, no reglada, o por lo menos no completamente. En este sentido, decimos también que la actividad de la Corte Constitucional no aparece como manifestación de lo jurisdiccional y que, por tanto, no encuentra asidero en la doctrina tradicional de la separación de poderes, que se muestra incapaz de explicar cuál es la posición de la Corte y su función en el marco de las funciones del Estado actual.

#### 4.6. EL REFORZADO VALOR NORMATIVO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

En los sistemas de derecho legislado, no suele reconocerse a la jurisprudencia un lugar dentro del esquema de las fuentes del derecho. Esto resultó coherente con la doctrina tradicional de la separación de poderes en la que se entendía que la función jurisdiccional se reducía a aplicar el derecho (la ley) y por tanto, sus fallos y motivaciones no eran más que reproducción del derecho preexistente; de otra parte también se objetaba que el juez no podía estar vinculado a la jurisprudencia porque con ello quedaría sometido al Tribunal supremo y perdería su independencia. En fin, se ha alegado que la división de poderes y la falta de legitimación democrática de la magistratura impiden dar valor normativo a la jurisprudencia,<sup>48</sup> todo lo cual se refleja en la propia Constitución (art. 230) al tenor de la cual los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, mientras que la jurisprudencia aparece como criterio auxiliar de la actividad judicial.

Sin embargo, en el caso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, todas las objeciones anteriores han resultado completamente superfluas. En una ocasión la Corte llegó a afirmar que «Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (...), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenderse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la

48 Todas estas objeciones al carácter normativo de la jurisprudencia han sido recogidas y analizadas en la obra de Ignacio de OTTO: Derecho Constitucional (Sistema de Fuentes). Editorial Ariel, Barcelona, tercera reimpresión (1993) de la segunda edición de 1988, pp. 299 y ss.

*contencioso administrativa- sino que violan la Constitución»* (cursivas fuera de texto)<sup>49</sup>

Decir que los jueces al apartarse de las pautas doctrinales de la Corte violan la Constitución lleva implícita la afirmación del valor normativo vinculante de su jurisprudencia y el reclamo de un lugar dentro de las fuentes del derecho. Esta posición sólo puede defenderse, como se ve, sobre la base de un rechazo de los presupuestos de la doctrina de la separación de poderes, que se proyectan sobre el papel de la jurisprudencia dentro de las fuentes del derecho.

#### 4.7. LOS TIPOS DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Como se dijo, las decisiones de constitucionalidad de las Leyes u otras normas del mismo rango se denominan de *exequibilidad o de inexequibilidad*, en las que se declara, con efectos generalmente hacia el futuro, la validez o invalidez constitucional de la norma sometida a revisión. Normalmente, la declaración de la Corte es simple: se dice p.e., «declárase inexequible tal norma» o «declárase exequible tal otra». En estos casos basta determinar qué dijo la Corte en relación con sus efectos temporales. Muchas veces sin embargo, "por exigencias propias del control constitucional" las sentencias se modulan o condicionan de una manera peculiar produciendo tipos intermedios de sentencias. Ha reconocido explícitamente la Corte que,

«En efecto, en muchas ocasiones una sentencia de simple exequibilidad o inexequibilidad resulta insuficiente, ya que ella podría

49 Corte Constitucional. Sentencia T-260 de junio 20 de 1995, con ponencia del magistrado José Gregorio HERNANDEZ GALINDO. La cita completa es la siguiente: «Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (...), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenderse. Cuando la ignoran o contrarían *no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución*, en cuanto la aplican de manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar» (negrillas fuera de texto). La ambigüedad del fallo se hace evidente pues parte de la base de que la jurisprudencia constitucional no es obligatoria al tenor del artículo 230 de la Constitución, pero afirma a renglón seguido lo contrario, es decir, que la jurisprudencia de la Corte es obligatoria. Más aún, llega a identificar jurisprudencia con norma constitucional, diferenciándola en su mayor eficacia vinculante de la jurisprudencia ordinaria civil, penal y contencioso administrativa.

generar vacíos legales que podrían hacer totalmente inocua la decisión de la Corte»<sup>50</sup>

Podemos enumerar varios de esos tipos intermedios de sentencias como aquellas que desestiman la inexecutableidad del precepto, pero condicionan su validez a una determinada interpretación; aquellas que modifican de alguna manera el precepto revisado; aquellas que se pronuncian sobre la inexecutableidad parcial del precepto; aquellas que integran el ordenamiento jurídico, aunque son menos frecuentes; las sentencias exhortativas; las que extienden el control por unidad normativa, etc.

#### 4.7.1. SENTENCIAS DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONAL.

Son aquellas que condicionan la validez de las normas revisadas con base en la técnica denominada *interpretación conforme a la Constitución*. En estos casos, la Corte Constitucional describe las eventuales interpretaciones del precepto impugnado que no se avienen con la Carta y aclara en qué condiciones la norma interpretada puede ser aplicable, sin que necesariamente tenga que retirar la norma del ordenamiento.<sup>51</sup>

50 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-109 de 15 de marzo de 1995, con ponencia del magistrado Alejandro MARTINEZ CABALLERO. En este mismo fallo la Corte recoge y sistematiza toda su doctrina acerca de la modulación de los efectos de inexecutableidad como técnica de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

51 Esta peculiaridad de los fallos de la Corte no es nueva en nuestro país ni en el derecho comparado. En nuestro país, ya desde 1912 la Corte Suprema de Justicia efectuaba sentencias condicionales o interpretativas (Ver la relación de fallos en la sentencia C-109 / 95 citada). Para el derecho comparado Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo, Civitas, 1994, p.101. También a ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, 1991, p. 282.

Como ejemplos fallos aplicativos de esta doctrina después de 1991 en Colombia podemos citar los siguientes: - Sentencia C-517 de 15 de septiembre de 1992, con ponencia de Ciro ANGARITA BARÓN. Se dijo en la parte resolutoria: «2o. Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia es EXEQUIBLE en su integridad el artículo 3o. en la medida en que su aplicación concreta no vulnere la autonomía y descentralización atribuidas a los entes territoriales en la Carta vigente»; - Sentencia C-454 de octubre 20 de 1994, con ponencia del Magistrado Fabio MORÓN DÍAZ. Se resolvió «Declarar que la parte acusada del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, es EXEQUIBLE, en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista»; - Sentencia C-473 del 27 de octubre de 1994. Dijo la Corte en la parte resolutoria «SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del artículo 430 del Código Sustantivo de trabajo, siempre que se trate, conforme al artículo 56 de la Constitución Política, de servicios públicos esenciales definidos por el Legislador.»; - Sentencia C-496 de noviembre 3 de 1994, con ponencia del magistrado Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO. Se resolvió «Declarar EXEQUIBLE, en los términos de esta sentencia, el artículo 437 del Decreto No. 2700 de 1991»;

En este tipo de sentencias se evidencia la amplia discrecionalidad de la Corte para concretar el abierto contenido normativo de las normas constitucionales y para determinar el sentido en que pueden o no aplicarse las normas legales, lo cual equivale, en el plano del control constitucional, a lo que tradicionalmente se conoció como interpretación *auténtica* del legislador,<sup>52</sup> pues no se trata aquí de una mera adecuación formal de las leyes sino de un acomodamiento sustancial en un esquema de valores en que la Constitución se ha comprometido en decisiones que se incorporan, en virtud de la fuerza normativa de los fallos de la Corte, en las leyes sometidas a juicio:

«(...) la sentencia interpretativa es una sentencia desestimatoria, con independencia de que la declaración interpretativa tenga el sentido de vedar o de imponer una determinada interpretación.»<sup>53</sup>

También aquí vemos clara la amplia capacidad de maniobra que se refleja en la práctica del control de constitucionalidad de Corte. Este tipo de sentencias refleja también que ha quedado superado el principio de la separación de poderes que reservaba al legislador el poder de definir mediante ley el sentido de una determinada norma jurídica.

#### 4.7.2. SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL

Son sentencias de la Corte en las que un precepto es invalidado sólo parcialmente. Si la Corte Constitucional puede declarar la executableidad o inexecutableidad de un precepto completo, no habrá objeción a que el pronunciamiento verse sobre un inciso o sobre una parte del artículo o precepto que no se compadece con los criterios de validez que impone la Constitución.

52 Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994, con ponencia del magistrado JORGE ARANGO MEJÍA. En la parte resolutoria se dijo: «DECLARASE EXEQUIBLE el artículo 13 de la ley 153 de 1887, entendiéndose que la expresión 'moral cristiana' significa 'moral general' o 'moral social', como se dice en la parte motiva de esta providencia».

El artículo 25 del Código Civil reza: "La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador"; por su parte, el artículo 14 del mismo Código Civil dice: "Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en estas".

53 LATORRE SEGURA y DIEZ PICAZO. *La Justicia Constitucional en el Cuadro de las Funciones del Estado*. En: Documentação e Direito Comparado. VII Conferencia Dos Tribunais Constitucionais Europeus # 29/30, 1987, Lisboa, pp. 179-250.

Sin embargo, se ha planteado la objeción de que esta modalidad de sentencias comportan una función legislativa que conduce en muchas ocasiones a la abolición de presupuestos, condiciones, sujetos o términos de una norma, terminando por modificar esos supuestos o términos y haciéndola regir en otras condiciones, diferentes a las debatidas y aprobadas por el Congreso.<sup>54</sup>

Un caso puede ser el de la Sentencia C-409 de septiembre 15 de 1994, en el que la Corte resolvió declarar inexecutable una parcialidad del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 o ley de seguridad social. La norma concedía discriminatoriamente una mesada adicional para todos los empleados públicos y privados "cuyas pensiones se hubieren causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988"; al declarar inexecutable este presupuesto, la mesada debió ser reconocida a todos quienes estuvieran pensionados.

Los ejemplos sobre este tipo de sentencias son bastantes.<sup>55</sup> Y la verdad es que en muchos casos estos fallos de la Corte sí tienen el efecto de hacer regir una norma en otras condiciones y en ese sentido la función del control contiene una especial proyección legislativa que resulta incompatible con el tradicional principio de la separación de poderes. Pero esta incompatibilidad no valida la objeción que se plantea a la Corte, sino que por el contrario nos obliga a reevaluar la idea de que el control constitucional responde a la idea de lo *jurisdiccional* y, en últimas, nos obliga a replantear el mismo principio de la separación de poderes.

La Corte ha evadido este problema. Se ha limitado a afirmar que su labor interpretativa es sistemática y que siempre y cuando el texto acusado parcialmente constituya una proposición normativa autónoma puede pronunciarse sobre su constitucionalidad:

54 Cfr., p.e., CHARRY UREÑA, Juan Manuel. Justicia Constitucional (Derecho Comparado y Colombiano). Colección Bibliográfica del Banco de la República, Santa Fé de Bogotá, 1993, pp. 165-166.

55 Como ejemplos pueden traerse a colación las siguientes:

- Sentencia C-517 del 15 de septiembre de 1992, con ponencia del magistrado Ciro ANGARITA BARÓN. Resolvió la Corte que «Del artículo 4o. son EXEQUIBLES la expresión 'solamente' y la frase final que dice: (...)»; «Del artículo 5o. son EXEQUIBLES la expresión 'propias' y los siguientes apartes: (...)»

- Sentencia C-151 del 5 de abril de 1995, con ponencia del magistrado Fabio MORÓN DÍAZ. La Corte dispuso «Declarar INEQUIBLES el artículo 42, y las expresiones «1996, 1997 y 1998», del inciso primero del artículo 26, de la Ley 60 de 1993».

«Es cierto que es muy difícil que, analizada de manera separada y tomada fuera de contexto, tenga una significación jurídica propia; sin embargo, esa misma palabra, interpretada de manera sistemática y teniendo en cuenta el conjunto de normas reguladoras de la materia, puede tener pleno sentido normativo»<sup>56</sup>

#### 4.7.3. SENTENCIAS EXHORTATIVAS.

En ocasiones, la Corte constitucional ha decidido exhortar a órganos del Estado para que realicen una determinada conducta, cumplan un deber o ejerciten una competencia. Aun cuando estos llamados no tengan siempre eficacia jurídica ni exista manera de hacerlos cumplir, llama la atención el hecho de que esto suceda, pues señala una actitud que en la tradición de la doctrina de la separación sería inadmisibles.

En la parte resolutive de una sentencia la Corte decidió "exhortar al Congreso para que en un plazo razonable expida una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales que sea acorde con la Constitución".<sup>57</sup> En otra ocasión, en la parte resolutive de un fallo de tutela se decidió "Solicitar al Procurador General de la Nación que en uso de su facultad de iniciativa legislativa y en desarrollo del artículo 15 de la Carta y demás normas concordantes, considere la conveniencia de presentar a la brevedad posible ante el Congreso de la República un proyecto de ley que proteja eficazmente la intimidad y la libertad informática de los colombianos."<sup>58</sup> Últimamente se utilizó la misma técnica en el polémico fallo sobre la eutanasia (Sentencia C-239 / 97).

56 Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994, con ponencia del magistrado Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO.

57 Sentencia *ibidem*. En esta ocasión la Corte, anticipando el seguro reproche que sobrevendría por hacer llamados exhortativos a otros órganos, expresó: "Con esta modalidad de exhorto, esta Corporación no está, en manera alguna, desbordando su competencia o invadiendo la órbita de actuación del Congreso. Por el contrario, el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo (...). El exhorto no debe entonces ser visto como ruptura de la división de poderes sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado (...). Además, este tipo de exhorto no es en manera alguna una innovación doctrinaria de esta Corte o de esta sentencia, sino que éste surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquella que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del Legislador."

58 Corte Constitucional. Sentencia No. T-414 del 16 de junio de 1992, con ponencia del Magistrado Ciro ANGARITA BARON.

#### 4.7.4. LAS SENTENCIAS INTEGRADORAS.

La Corte Constitucional ha reconocido explícitamente la función integradora de la jurisprudencia constitucional, consistente en la posibilidad de adicionar el ordenamiento legal en eventos en los que el precepto impugnado resulte contrario a la Carta o cuando del fallo se derive una indeterminación o vacío legal. "En tales casos, la única alternativa para que la Corte cumpla adecuadamente su función constitucional es que, con fundamento en las normas constitucionales, ella profiera una sentencia que integre el ordenamiento legal a fin de crear las condiciones para que la decisión sea eficaz". Esta atribución vendría dada, según la Corte, en virtud del valor normativo de la Carta (art. 4 de la Const.) que impone al juez constitucional decidir las demandas de inconstitucionalidad adoptando las sentencias que mejor le permitan asegurar la integridad de la Constitución.<sup>59</sup>

Esta atribución de la Corte ha tenido efectos prácticos en variadas ocasiones de las cuales mencionaremos dos:

##### 4.7.4.1. LA NORMA JURISPRUDENCIAL SOBRE CADUCIDAD DE DATOS.

En una sentencia de revisión de tutela sobre derecho a la rectificación de informaciones (*habeas data*), la sala plena de la Corte Constitucional se refirió a la caducidad de la información que reposa en bancos de datos sobre las personas.<sup>60</sup> De acuerdo con la Constitución, corresponde al legislador, al reglamentar el *habeas data*, determinar el límite temporal de las informaciones que se archivan en bancos de datos históricos. Sin embargo, al resolver un caso concreto sometido a revisión, la Corte se encontró con un vacío legislativo que vulneraba los derechos fundamentales del interesado.

Ante esta circunstancia, la Corporación decidió que "mientras [el legislador] no lo haya fijado [el término de caducidad], hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general." Así, la Corte pasó a fijar ciertas reglas o normas que pasarían a llenar el vacío normativo - cuyos efectos se pro-

yectarían más allá del caso concreto - entre las cuales se contaba el transcurso de un término de dos (2) años, "que se considera razonable", contado a partir del pago voluntario del deudor; estableció, además, una caducidad especial para aquellos casos en que la mora del deudor que provocare el reporte a la central de datos hubiera sido inferior a un año y otras caducidades especiales para el caso en que el pago se produjera en un proceso ejecutivo.

Finalmente, la Corte concluyó advirtiendo que "todo lo que se ha dicho sobre el término de caducidad refleja los criterios generales que la Corte estima *razonables* a la luz de la Constitución. Pero -continúa la Corte- naturalmente, el legislador, al dictar la ley estatutaria correspondiente, podrá, según su buen criterio, apartarse, determinando lo que él mismo estime razonable, siempre y cuando se ajuste a la Constitución." (cursivas fuera de texto)

En este caso, la Corte creó normas a conciencia de que estaba legislando y además le dió efectos generales a un caso sometido a su consideración por la vía de la tutela, aun cuando en reiteradas ocasiones se había manifestado enfáticamente sobre los efectos *interpartes* de estos fallos.<sup>61</sup>

##### 4.7.4.2. LA NORMA JURISPRUDENCIAL QUE EXTIENDE LAS CAUSALES DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD DEL PADRE AL HIJO EXTRAMATRIMONIAL.

La regulación del derecho civil restringe las posibilidades para que el hijo extramatrimonial pueda impugnar la presunción de paternidad legítima establecida por la ley, al circunscribir la posibilidad de reclamar en contra de su legitimidad presunta a la causal establecida por el art. 3o. de la ley 75 de 1968, es decir, al evento en que su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. En cambio, el presunto padre cuenta con varias causales adicionales a la del hijo para impugnar la paternidad del que se presume hijo suyo a causa del matrimonio (arts. 214 y 215 del C.C. y art 5o. de la Ley 95 de 1890), configurando una situa-

59 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995, con ponencia del magistrado Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO.

60 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-T-089 del 1 de marzo de 1995, con ponencia del magistrado Jorge ARANGO MEJÍA. También en la sentencia SU-T-082 del mismo día, con ponencia del mismo Magistrado.

61 Sobre los efectos concretos de las decisiones de tutela, la Corte había dicho lo siguiente: "Como la persona que ejerce la acción de tutela tiene tan sólo un interés individual, particular y concreto, cual es el de que se le proteja un derecho constitucional fundamental, la sentencia que la resuelva tiene ese mismo carácter, es decir, que sólo surte efecto en el caso individual y específico. La facultad del juez de tutela no le permite abarcar o comprender casos diferentes, como tampoco legislar, pues su función, se repite, se limita a proteger el derecho, ya sea ordenando hacer lo omitido, cesar las actuaciones o amenazas, o deshacer lo hecho, no mas." (Cfr., Sentencia T-321 del 10 de agosto de 1993, con ponencia del magistrado Carlos GAVIRIA DIAZ).

ción ventajosa y discriminatoria del derecho al establecimiento de la filiación real del hijo extramatrimonial.

Ante esta circunstancia, la norma legal sobre la causal del hijo fue demandada ante la Corte Constitucional por vulnerar varios derechos fundamentales como el de filiación, el de acceso a la administración, personalidad jurídica, etc.; la Corte encontró que efectivamente la norma establecía privilegios irrazonables en favor del padre con respecto al hijo, y aún cuando se trataba de supuestos fácticos disímiles consideró que el hecho relevante desde el punto de vista constitucional es que ambas personas, hijo y marido, ostentan el mismo interés jurídico para impugnar la presunción de paternidad establecida en el Código Civil. Agotado este aspecto, el problema que sobrevenía para la Corte era el siguiente: La norma contentiva de la causal impugnada no resultaba en si misma inconstitucional; lo que resultaba inconstitucional era que ella constituía la *única* causal con la que contaba el hijo para impugnar la presunción de paternidad y reclamar la filiación verdadera; tampoco resultaba viable declarar la constitucionalidad de la norma, lo que implicaría admitir que mantuviera su vigencia una regulación de la ley civil que era contraria a la Carta.

Frente a esta dificultad la Corte optó por considerar que "(...) la única decisión favorable a ser tomada en este caso específico es formular una *sentencia integradora* que, con fundamento en las actuales regulaciones legales, permita subsanar la inconstitucionalidad de la actual regulación de la impugnación de la paternidad" (cursiva fuera de texto).<sup>62</sup> Tal integración del ordenamiento jurídico consistió en nivelar las causales de impugnación entre marido e hijo diciendo en la parte resolutoria que "en todos los casos, el hijo contará con las causales previstas para el marido en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5o. de la ley 95 de 1890".

Indudablemente el fallo estuvo muy bien fundamentado, tanto en las consideraciones acerca de la inconstitucionalidad de la regulación discriminatoria, como en la motivación de la facultad que tiene el juez para que "adicione el orden legal con

62 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995, con ponencia del magistrado Alejandro MARTINEZ CABALLERO. Los salvamentos de voto no se hicieron esperar. Entre los argumentos esgrimidos en contra de la mayoría se reprochaba que "en las sentencias de la Corte se incluyan admoniciones que en realidad impliquen la creación de normas jurídicas de carácter general y abstracto, pues tengo bien claro que ello corresponde al legislador" y que el fallo "desconoce la autonomía del legislador en la determinación de las reglas propias de cada juicio" y que la Corte asume un "papel evaluador de conveniencias" (salvamentos de los magistrados José Gregorio HERNANDEZ, Hernando HERRERA y Vladimiro NARANJO MESA).

nuevos contenidos normativos", como se dijo en el fallo. Pero, en lo que a este trabajo concierne, lo que interesa destacar de manera primordial es que la Corte Constitucional, por exigencias propias de su función, crea derecho; y lo crea mucho más intensamente de lo que podría hacerlo un juez común, un juez digamos, *montesquieuano*, y se trata de un derecho tan obligatorio como el que surge de cualquier otra fuente formal del derecho reconocida por el ordenamiento.<sup>63</sup>

### CONCLUSIÓN

Estas formas de expresión de la Corte constitucional, que no han sido comprendidas lo suficiente en nuestro medio, han provocado reacciones doctrinales apuntaladas en el viejo dogma de la separación. El ex-Presidente LOPEZ MICHELSEN se quejaba no hace mucho de que "Claramente definidas desde tiempo inmemorial estaban las funciones del legislador y del juez. El uno creaba derecho escrito y, el otro, lo interpretaba. Ahora resultamos con que ambos crean derecho: el legislador, como vocero de la soberanía popular y, el juez, dentro del concepto de que lo importante es hacer justicia sin tener que ceñirse a ningún texto"<sup>64</sup>

Ahí están reunidos en un sólo párrafo los más importantes prejuicios y supuestos teóricos que supone la doctrina de la separación: radical distinción funcional entre legislación y jurisdicción; consiguiente distinción entre creación y aplicación; el carácter irreprochable e irreprochable del legislador soberano y el carácter textualmente predeterminado de la actividad judicial. El desconocimiento de la suma de estos elementos dan como resultado al ex-Presidente, en su análisis, la supuesta *muerte del Estado de Derecho*.

Pero realmente lo que ha muerto es la vieja concepción del principio de la separación de poderes tradicional con toda su estela de prejuicios y contradiccio-

63 Ya la Corte había destacado el carácter de *fuentes de derecho* de la doctrina constitucional en la Sentencia C-083 de 1995, con ponencia del magistrado Carlos GAVIRIA DIAZ. Por otra parte, los fallos integradores reseñados arriba no son excepcionales como pudiera pensarse, ni constituyen una modalidad inventada por la Corte Constitucional. Desde 1944 la Corte Suprema, que en ese entonces ejercía el control, expedía sentencias que integraban vacíos legales en diversas materias; asimismo, la actual Corte Constitucional ha expedido otras sentencias integradoras tanto por vía general como en sede de tutela (Cfr. la información al respecto contenida en el fallo C-109 / 95, citado).

64 *De cómo murió el Estado de Derecho. El Bonapartismo en Colombia*. Alfonso LÓPEZ MICHELSEN. Periódico El Tiempo, domingo 31 de marzo de 1996, pág. 5A y 15A.

nes, en buena parte, y por desgracia, renovadas en la Carta de 1991. Esto se verifica cuando se analiza la posición jurídica de la Corte Constitucional frente a los demás poderes del Estado y cuando se atiende a la realidad de su función. Frente a ésto último, uno de los magistrados y entonces Presidente de la Corte Constitucional, el Dr. GAVIRIA DÍAZ, entrevistado a raíz de una sentencia polémica, no pudo dejar de reconocer que "Confirmar una norma dentro del ordenamiento o retirarla de él, es una tarea materialmente legislativa, aunque se cumpla dentro de parámetros distintos a los que rigen la actividad del Congreso"<sup>65</sup>, ratificando lo que ya hace más de medio siglo no sólo habían explicado con suficiencia KELSEN y SCHMITT desde doctrinas encontradas, sino lo que desde hace casi un siglo hace la justicia constitucional en Colombia, a hurtadillas de la doctrina tradicional, con la diferencia de que ya no es suficiente la afirmación de que se trata de *legislación negativa* sino, como hemos visto en el caso de las sentencias integradoras, de *legislación positiva*.

La Corte Constitucional es un poder que cogobierna. La función de control es por esencia *política*, y no solo porque es una función estatal - y lo estatal es *político* -, sino además porque la función de interpretar la Constitución tiene repercusiones de la más variada índole que rayan con aquellas tareas que se mueven en zonas elásticas, con discrecionalidad amplia, con opciones diversas de oportunidad de decidir y de impedir decisiones de otros órganos.

En últimas, no hay manera de calificar la función de las Cortes constitucionales - y aquí se incluye especialmente la de Colombia - como órgano de funciones y naturaleza *jurisdiccional* (a no ser con un criterio de marcado tinte formalista como aquel que dice que todo lo *judicial*, es decir, lo que esta adscrito y lo que hace a lo judicial como rama, es *jurisdiccional*); que además, la doctrina tradicional de la separación es incapaz de dar cuenta de esta nueva función porque el control constitucional surge por oposición o sobre la base de la revaluación de la doctrina de la separación.

Y cuál es el interés que puede tener la actitud de cuestionar el carácter *jurisdiccional* de nuestra Corte Constitucional? pues el mismo que Calamandrei, en una hermosa carta dirigida a Redenti en 1949, había manifestado respecto de la Corte constitucional italiana: "Quizá no se ha comprendido bastante que la Corte constitucional, tal como ha sido concebida por nosotros, no es un órgano jurisdic-

cional, sino un órgano superlegislativo; y que, comprendiéndola dentro del sistema judicial, existe el peligro de ver adulterados los juicios por las exigencias de la política y el control constitucional por las exigencias de la justicia".

Esas exigencias de la justicia o del proceder judicial son todos aquellos principios y prejuicios que rigen lo jurisdiccional y que responden a las mismas exigencias y prejuicios de la doctrina tradicional de la separación de poderes que amarran al juez a los incisos y no le permiten cumplir una labor de control e intervención constitucional eficaz.

65 Admito que la Corte colegista. Presidente de la Corte Constitucional responde a López Michelsen. Periódico El Tiempo, martes 2 de julio de 1996, pág. 8A.

6. Ocurrió un día que un amigo me dijo: "¿Por qué no te haces un documento de lenguaje razonablemente oral, así como lo hacen los jueces de primera instancia?" Mantuve nuestros hábitos y no respondí nada. Él me dijo: "¿Por qué no te haces la carta, la conversación, incluso el libro, pero de lenguaje oral, así como lo hacen los escritores?" El acto de escritura, la argumentación escrita, el documento, el acta, el contrato, el fue estimulado y quienes ocuparon el terreno de la abstracción, con precariedad, la escritura, solo hacen un «maquillaje» sobre un acto que es derecho y que es literatura.

«De todas maneras, el documento es nuestra formación, escribir es algo extraño, me imagino que difícil y, por ello, cualquier acto de simbolización, por medio de la escritura, refinado o precario, debe ser un acto al que debe

Este libro corresponde al Proyecto de Investigación financiado por los profesores Ana Lucía HERRERA GÓMEZ, Diego MARTÍNEZ MARIJUANITA y Jorge Roberto RESTREPO MORALES, aprobado por el Comité de Investigaciones de la Universidad de Antioquia (CIRA).

Profesores titulares de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.