

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCION

Luis Villar Borda

Entre las innovaciones de la Constitución de 1991, la creación de una Corte Constitucional y la ampliación del campo de control jurisdiccional sobre la Carta, ocupan lugar destacado. Antes de entrar en el análisis concreto de los cambios introducidos en el orden jurídico colombiano, es imprescindible hacer una presentación general del tema y referencia, así sea sucinta, a las experiencias de otros países.

¿QUIEN ES GUARDIAN DE LA CONSTITUCION?

La ciencia del derecho

utiliza la expresión "Guardián de la Constitución" para caracterizar la jurisdicción constitucional, es decir, un tipo de organización judicial encargada de asegurar su primacía, ante el poder del Estado y de la sociedad, mediante instrumentos jurídicos.¹

¹ Villar Borda, Luis, *El Espectador*, mayo de 1991.

Quién deba ser ese guardián es un tema que ha sido objeto de los más candentes debates en la esfera del derecho y de la política, dadas las consecuencias que tiene tanto para el Estado como para los asociados. Vale la pena citar el que enfrentó a Hans Kelsen, considerado el más grande jurista de nuestro siglo, creador de la teoría pura del derecho, con Carl Schmitt, padre del decisionismo, en la época de la República de Weimar. El primero representaba las tendencias filosóficas y democráticas² y el segundo las absolutistas y antiliberales.³

Para Kelsen "una Constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico".⁴ Un requisito indispensable para que pueda hablarse de república democrática es la existencia de controles a la actividad de todos los órganos estatales. Y, en especial, la garantía de que la Constitución será respetada, no sólo a favor de la mayoría sino también de las distintas fuerzas minoritarias que compiten por el poder del Estado, en especial en el Parlamento. Es la paz social la que está de por medio, cuando no existen instrumentos idóneos para lograr compromisos, que es la regla de oro del sistema democrático. Un tribunal constitucional que sea de verdad independiente es una pieza clave en el sistema de garantías tanto para el normal funcionamiento de los órganos estatales como para la protección de los derechos fundamentales.

La existencia de la jurisdicción constitucional se basa en la idea de que hay una gradación entre las distintas normas del ordenamiento jurídico, o lo que en lenguaje figurado se ha llamado pirámide jurídica. Esto es, que unas normas están subordinadas a otras dentro de una estructura jerárquica en que la Constitución ocupa el lugar más elevado. Es lo que hace afirmar que hay leyes inconstitucionales, es decir, que no se han producido conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución (norma superior), para la creación de la ley (norma inferior). Y así sucesivamente, o sea, que a las leyes siguen los reglamentos y ordenanzas de nivel inferior a ellas; a los reglamentos y ordenanzas, las sentencias y los actos administrativos, etc. Lo que le da unidad a todo ese complejo de normas de diferente grado es precisamente la Constitución, fundamento del Estado y base del orden jurídico.

2 Kelsen, Hans. *Quién debe ser el guardián de la Constitución*. Escritos sobre la democracia y el socialismo, Debate, Madrid, 1988.

3 Schmitt, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Duncker, und Humblot, Berlin, 1985.

4 Kelsen. *Op. cit.* p. 150.

Ahora, ¿qué es lo que se busca con establecer garantías que protejan la Constitución y dentro de ellas, en primer término, un Tribunal Constitucional? Se trata de prevenir que se produzcan actos inconstitucionales o sancionar aquellos que de todas maneras se producen. Por eso se habla de garantías preventivas y represivas, personales y objetivas.

Kelsen considera que la anulación del acto inconstitucional es la principal o más eficaz garantía de la Constitución. Para él no existe una solución mejor que la de entregar esta función a un tribunal o corte y fue precisamente bajo esta idea que estableció esta institución en la Constitución de Austria, sentando un precedente que luego habría de ser seguido por los países europeos que poseen jurisdicción constitucional.

La controversia con Schmitt, quien después habría de ser uno de los ideólogos del nazismo, consistía en que éste defendía la idea del control de la Constitución, pero entregando su guardia al jefe de Estado, en quien él veía la encarnación de todo el pueblo. El valoraba todo el proceso de control constitucional como político, puesto que se refiere a la forma de dirimir conflictos políticos, esto es que tienen que ver con las decisiones de intereses de las diversas fuerzas que componen el Estado.

Kelsen, sin desconocer que se dirimen conflictos políticos, entiende que la tarea de la jurisdicción constitucional es precisamente la de convertir esos conflictos originalmente políticos en controversias de Derecho.

Los dos aspectos deben ser tenidos ciertamente en cuenta. Para nadie es un secreto que el contenido y consecuencias de los casos sometidos a fallo son políticos, así como la propia conformación de los tribunales, pero su actividad y sus decisiones tienen que atenerse a las normas del ordenamiento legal y no a opiniones personales o a convicciones ideológicas. Sería ingenuo desconocer que las decisiones de los tribunales constitucionales, al arbitrar relaciones de fuerza y de poder, son políticas, pero esto no es lo mismo que aseverar que ellas puedan producirse por fuera o en contra del orden jurídico y básicamente de la norma fundamental cuya integridad están obligados a preservar. Es en este sentido que debe reiterarse que su función es esencialmente jurídica.

Esto es lo que permite decir a Félix Ermacora,⁵ que la jurisdicción constitucional tiene una doble naturaleza, es decir, que desde el punto de vista de su

5 Ermacora, Félix. *Allgemeine Staatslehre*. Duncker un Humblot, Berlin, 1970, p. 762.

estructura organizativa y normativa es una institución jurídica, pero política por la influencia del poder político en su integración y sus efectos en el Estado.

Sería un error pensar que esto, que hoy parece casi obvio, fue siempre así desde el nacimiento del Estado democrático moderno. Por el contrario, los revolucionarios franceses no aceptaron jamás, y esa tradición se mantuvo hasta no hace mucho, que pudiese existir un poder por encima de la ley, lo que quiere decir una autoridad, fuese judicial o gubernamental, que revisara o controlara las determinaciones tomadas por vía general por el Parlamento. Esto se estimaba contrario a la soberanía del Parlamento, que en la ley expresaba la voluntad general.

El control jurisdiccional de la Constitución no existió en Francia y tiene un origen que no está ligado a la idea de democracia.

Fue la preocupación por el Estado de Derecho lo que hizo pensar en una forma de contención al propio poder del Estado. Para los revolucionarios franceses ello significaba más bien un poder conservador, encargado de poner trabas a las fuerzas nuevas en ascenso.

Hoy no cabe duda, es parte sustancial de un orden constitucional y democrático, como se observó, y son pocos los países donde no hay una forma de control constitucional.

HISTORIA DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Se distinguen distintas fases en el desarrollo de la jurisdicción constitucional desde que se implanta formalmente.

1. Se menciona siempre el famoso caso de Marbury contra Madison como el comienzo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en Estados Unidos. Fue de un caso sin mayor importancia en sí mismo, del que se valió el juez Marshall para sentar la doctrina según la cual la Corte Suprema tenía la atribución y el deber de decir lo que es la ley. Lo sorprendente es que Marshall llegó a esa conclusión por un proceso intelectual, sin que hubiese un texto escrito de la Constitución que diera a la Corte esa atribución. Su fallo, por supuesto, tuvo consecuencias no sólo para Estados Unidos sino una significación universal, como lo señala Burdeau.⁶ El papel conservador que en algunas

oportunidades ha jugado la Corte, como en el caso de la legislación social y económica del presidente Roosevelt conocida bajo el nombre de *New Deal*, ha llevado a que se manifiesten muchas críticas a lo que se sindicaba como intromisión de los jueces en la política y la renuencia a salirse de los propios textos constitucionales, para fallar conforme a principios que supuestamente la inspiraron.

Habría que decir, sin embargo, que antes de que se impusiera el sistema norteamericano hubo antecedentes de control constitucional en Inglaterra después de la muerte de Cromwell, en 1658.

La Asamblea Nacional de Franckfurt, en 1848, hizo también un intento en ese sentido, pero como un sistema sólo puede hablarse a partir de la Norteamérica republicana, que reflejaba las ideas de Hamilton en el *Federalista*.

2. El sistema austriaco, obra como ya se dijo de Hans Kelsen, que avanza sobre el de Estados Unidos, al establecer el control bajo la responsabilidad de un tribunal especializado, separando así las funciones propiamente judiciales de la atribución de control de la Constitución.

El sistema se extiende al centro de Europa después de la Primera Guerra Mundial, pero tiene vida efímera por la irrupción de las dictaduras y el fascismo en la Europa Continental.

3. Derrotado el fascismo en la Segunda Guerra Mundial y restaurada la legalidad democrática en Europa, se inicia una nueva etapa en la que el sistema de control constitucional se introduce en Alemania, Italia y aun a países como Francia, que habían sido tan remisos a él.

En la República Federal Alemana, hoy en toda Alemania, el Tribunal Constitucional es el más alto del país. Para que así sea se requiere, por supuesto, que los mecanismos de integración permitan su absoluta independencia y la calidad superior de sus miembros, tanto desde el punto de vista moral como profesional, las incompatibilidades estrictas que deben imponérselas, la escogencia descartando el partidismo para lograr su despolitización y la definición muy precisa de sus competencias.

Una de las cuestiones que deben ser tenidas en cuenta es que las amenazas contra el orden constitucional no provienen sólo del Estado, sino también de grupos de poder económico y social. El Tribunal o Corte Constitucional debe

6 Burdeau, Georges. *Traite de science politique*. Tomo III, París, 1950. pp. 380 ss.

ser también garante de los derechos ciudadanos, que pueden resultar afectados por esos grupos de poder.

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

En Colombia se introdujo, en 1910, como una reacción republicana de liberales y conservadores contra los desenfrenos de la Constitución de 1886. Un antecedente fue la ley 2ª de 1904

Que dio competencia a la Corte a solicitud de cualquier ciudadano y previa audiencia del Procurador General de la Nación, para declarar la validez o invalidez de los decretos legislativos dictados en ejercicio del artículo 121,⁷

O sea, del Estado de sitio

Pero fue en 1910 que se consagró la acción pública para someter a los jueces la exequibilidad de las leyes que se considerasen contrarias a la Constitución.

Las reformas de 1945 y 1968 ampliaron las atribuciones de la Corte, como se desprende del artículo 214 de la Carta que rigió hasta el 4 de julio de este año. Así se dijo que:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

1. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en uso de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

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

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

El artículo 216 dejó a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12; 80; 121 y 122 de la Constitución. Se consagró así el llamado control difuso, por contraposición al control concentrado, que confiere sólo a un tribunal la guarda de la Constitución, evitando así contradicciones entre dos instancias jurisdiccionales.

Hay que decir que el sistema colombiano, caracterizado por la acción popular establecida a favor de todos los ciudadanos, funcionó con relativa regularidad en sus ochenta años de historia, aun cuando con los defectos que tratadistas como el doctor Carlos Restrepo Piedrahita y el jurista italiano Mauro Cappelletti señalaron en su tiempo. Este último concluía que de la aplicación del sistema difuso en Colombia podrá llegarse a "resultados extremadamente peligrosos, desembocar en una grave situación de incertidumbre del derecho, perjudicial tanto para los individuos como para la colectividad, e inclusive para el Estado".⁸

Otro punto de discusión constante entre nosotros ha sido también el de la forma de integración de la Corte Suprema, en especial después de haberse instaurado el sistema antidemocrático de la cooptación, que tiende, sin duda, a crear una oligarquía judicial inamovible. La confusión en materia de metodología, ya que el derecho público tiene sus propias características que lo diferencian de los criterios del derecho privado, era también otro motivo de crítica, al quedar en manos de los Magistrados de las Salas diferentes a la Constitucional la decisión de exequibilidad de las leyes. Generalmente estos últimos resultaron derrotados en sus proyectos de fallo, sobre todo cuando se trataba de decidir cuestiones políticas fundamentales.

EL NUEVO SISTEMA. CREACION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Una encendida discusión se desató en la Asamblea Constituyente en torno al tema de la creación de una Corte Constitucional, en especial por la resistencia de la Corte Suprema a entregar esas atribuciones y la desconfianza de algunos

7 Copete Lizarralde, Alvaro. *Derecho Constitucional*. Lerner, Bogotá, 1960.

8 Cappelletti, Mauro. Citado por Carlos Restrepo Piedrahita en *Tres ideas constitucionales*. Externado de Colombia, Bogotá, 1978, p. 94.

medios jurídicos y políticos hacia un tribunal especializado. Si bien es cierto que se avanzó con el establecimiento de la Corte Constitucional, ésta no ha significado un cambio de sistema ni su forma de integración inicial ha satisfecho las expectativas creadas alrededor de esa iniciativa. Hasta cierto punto puede decirse que nos quedamos con los defectos ya anotados, lo que hace menos trascendente el cambio operado.

El capítulo 4 del título VIII se ocupa de la jurisdicción constitucional.

Entraremos a estudiar cuáles son las novedades introducidas, advirtiendo que varios puntos importantes dependerán del desarrollo legal, pues fueron diferidos a la voluntad del legislador.

Son, sin duda, significativos los avances logrados en la nueva Constitución política, en materia de control jurisdiccional. La arremetida de intereses creados contra la iniciativa de establecer la Corte Constitucional no consiguió sus fines, pero sí introducir elementos contradictorios, que nos permiten señalarla como una reforma limitada. Lo demostraremos adelante, luego de subrayar los aspectos positivos del cambio institucional en punto de tanta importancia para la conformación de un Estado de Derecho y la defensa de las libertades fundamentales.

Mucho mayor énfasis y claridad tiene el nuevo texto al disponer, en su parte general (artículo 4o.), que la Constitución es "norma de normas", que prevalece, en caso de incompatibilidad, sobre la ley o cualquier otro tipo de disposiciones. Es el fundamento para entregar la guarda de la integridad y supremacía de la Carta (artículo 241) a la Corte.

Las atribuciones de la Corte Constitucional son mucho más amplias que las correspondientes de la Corte Suprema, en el viejo sistema. Se mantienen las anteriores, o sea: 1) la decisión sobre demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución, por vicios de forma y las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, tanto por vicios materiales como de procedimiento; 2) decidir sobre la constitucionalidad de los decretos-leyes y los decretos legislativos, lo mismo que sobre las objeciones formuladas por el Gobierno a los proyectos de ley.

Pero donde el poder de la Corte Constitucional se acrecienta es en las funciones que, siguiendo la ideología que inspira esta Constitución, buscan mayores garantías de los derechos ciudadanos. El ordinal 9o. del artículo 241 le prescribe

"revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales".

Otro punto de capital importancia es el relativo al estudio de los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, antes del canje de notas, que sólo podrá efectuarse si son declarados constitucionales; en caso contrario, no serán ratificados. Son pocos los países que incorporan un precepto como éste, seguramente por considerar que disminuye en extremo la potestad presidencial en el manejo de las relaciones internacionales y la soberanía del Congreso. La Constitución española, de donde parece extraído, por lo menos en sus líneas más generales de referencia conceptual, se limita a estatuir que la revisión del tratado se haga a petición del Gobierno o cualquiera de las Cámaras, cuando contenga estipulaciones contrarias a la Constitución (artículo 95). No es una revisión obligatoria y para todos los casos, tal como ha quedado en la Constitución colombiana. Igualmente se otorgan a la Corte atribuciones para decidir sobre la constitucionalidad de las convocatorias o referendos o a una Asamblea Nacional Constituyente, lo mismo que los referendos sobre leyes, las consultas populares y plebiscitos del orden nacional.⁹

Sin embargo, no se cumple el objeto de concentrar el control jurisdiccional, pues se deja al Consejo de Estado el conocimiento de la inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional. El mantenimiento del control difuso no dejará de traer confusiones, como ya ocurrió frecuentemente en el pasado. Otra incongruencia es la de fijar como criterio para la integración de la Corte, que los magistrados deban pertenecer a diversas especialidades del derecho, ignorando que el Derecho Constitucional ha desarrollado una técnica propia y que a la resolución de los litigios que le competen no puede aplicarse otro tipo de técnicas, por ejemplo, las que atañen a la casación de pleitos laborales o civiles.

Como lo observa Kelsen, la Corte Constitucional, al anular una ley, no está ejerciendo propiamente una función judicial, sino una función legislativa. "Un

⁹ En la primera vuelta de aprobación de la reforma constitucional de 1968, se incluía entre las atribuciones de la Corte Constitucional la de "decidir definitivamente, antes de que un tratado o convenio sea aprobado por el Congreso, si es compatible con los principios que informan la Constitución Nacional" (ordinal 5o. del artículo 50 del proyecto de acto legislativo No. 46 de 1966. Tanto la iniciativa de la Corte Constitucional como la mencionada disposición, iniciativa del senador Carlos Restrepo Piedrahita secundado por el doctor Darío Echandía y otros parlamentarios, se ahogaron en la segunda vuelta por razones más políticas que jurídicas, como se explica en la obra del primero de los nombrados, *Tres ideas constitucionales* (Universidad Externado de Colombia, 1978). Véase también: *Historia de la reforma constitucional de 1968*, Presidencia de la República, Imprenta Nacional, 1969.

tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo” (en garantía jurisdiccional de la Constitución). Para agregar más adelante: “una Constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos constitucionales no es Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico”.

Mal puede, por ende, confundirse con un tribunal judicial, donde se requiera la concurrencia de abogados en las distintas ramas del derecho.

Para complementar, diríamos con Paolo Biscaretti (*Derecho Constitucional*, p. 55-58): “el Tribunal Constitucional [...] no está comprendido en el poder judicial; queda fuera de los tres poderes clásicos, junto al presidente de la República, en cuanto garantía suprema de las normas constitucionales”.

Es de esperar que el próximo Congreso complete la obra iniciada por la Asamblea Constituyente y modifique, para mejorar, ésta y otras instituciones, que quedaron a medias, por la premura del tiempo y la densidad de las presiones políticas y académicas ejercidas sobre esa corporación.