

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Hernando Aguilar Zuluaga
Socio de Número del Centro de
Estudios Jurídicos

NOTA PRELIMINAR

Por reciente decreto extraordinario, señalado con el número 1762 de 1956, la jurisdicción constitucional fue reformada, en el sentido de que no es ya la Corte en sala plena la que conoce de las demandas de inconstitucionalidad, sino que se crea una sala especial de asuntos constitucionales, formada por dos magistrados de las salas restantes, o sea: Casación Civil, casación en lo criminal, Negocios generales y Laboral. Por ello, expongo:

- 1o.—Dicho decreto en nada cambia las opiniones expuestas en este estudio, sino que al contrario, las reafirma.
- 2o.—En este estudio no se trata de hacer un análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del mencionado decreto ni de su conveniencia o inconveniencia, por la sencilla razón de que fue escrito antes de que el decreto reformativo de la jurisdicción constitucional fuese dictado.

El autor

I — Fundamentos.

Es criterio aceptado casi universalmente por el derecho Constitucional general que el concepto de Constitución se refleja en el sistema establecido para defenderla de los posibles atentados que contra ella puedan efectuarse, y que el hecho de una Constitución como norma suprema de toda la legislación de un país y como ley fundamental de la organización política de un Estado, a cuya dependencia ha de someterse toda legislación ordinaria, implica, por lo

menos—si esa superioridad no es meramente teórica—la no aplicación de las normas legales opuestas al texto constitucional, y que esto supone la existencia de un órgano que declare la inconstitucionalidad de esas normas, o la facultad reconocida a los jueces para no aplicar dichas normas cuando en todo litigio se aprecie la contradicción⁽¹⁾.

“La legalidad de la administración y la constitucionalidad de la legislación son principios simétricos que responden a un mismo concepto de unidad jerárquico-administrativa” (2).

Pero cuál es el fundamento de la superioridad de la Constitución sobre la Ley? Porqué ha de exigirse un órgano que declare la inconstitucionalidad de la ley, o porqué ha de reconocerse en los jueces la facultad para no aplicarlas cuando en todo litigio se aprecie su contradicción con la Constitución?

Es indudable que estableciendo la superioridad de la Constitución sobre la Ley se da fundamento valedero a la jurisdicción constitucional y que ésta exige la existencia de un organismo que vele porque dicha superioridad se haga efectiva.

Varios argumentos pueden darse para demostrar la superioridad de la Constitución sobre la Ley:

1) Atendiendo al origen, sabemos que la Constitución es fruto del poder constituyente y que la Ley lo es del poder legislativo, y que el primero es el delegatario más inmediato —en un Estado ya constituido— de la soberanía nacional, en tanto que el poder legislativo es un delegatario de la Constitución, y por ende, un poder constituido.

2) Como consecuencia de lo anterior, la Constitución es la expresión más directa de la soberanía nacional y por ello, la Ley suprema del país.

Hauriou señala dos maneras de hacerse efectiva la superioridad de la Constitución: 1—“Por la delegación de poderes en las instituciones representativas hecha por la Constitución 2—Por la supremacía de esta Ley excepcional sobre las leyes ordinarias, superioridad que, lógicamente, tiende a traducirse en un sistema de invalidez jurídica de las disposiciones de leyes ordinarias contrarias al texto o a los principios de la Constitución” (3).

Desde el punto de vista formal, como puede deducirse del an-

terior párrafo del mencionado autor francés, es indudable la superioridad de la Constitución sobre la Ley. La primera nace del poder constituyente y la segunda del poder legislativo. Pero este argumento que es valedero para los países que aceptan una distinción entre el poder constituyente y el poder legislativo, no lo es para otros países donde tales poderes se identifican, bien sea por la práctica o por la tradición, como ocurre en Inglaterra, donde ni siquiera existe una Constitución escrita, o en Francia. En este país se considera por la casi totalidad de los autores que la soberanía reside en el cuerpo legislativo, y de allí la lógica en que se rechace por esos autores una jurisdicción constitucional. Así lo dice y lo declara Esmein. Pero hay otros autores que abogan por la existencia de un organismo que asegure una diferenciación y entre ellos se encuentra Hauriou.

Establecer la superioridad de la Constitución sobre la Ley, desde el punto de vista material, es ya mucho más difícil, si no imposible. Sin profundizar mucho, puede decirse que la Constitución estructura el Estado, sus órganos superiores y su funcionamiento, en tanto que la Ley se limita a desarrollar esos principios y a regular las relaciones entre los particulares en la vida social. Así las cosas, la Ley tiene base y fundamento en la Constitución, y todo lo cual es cierto si admitimos la teoría del Estado de Derecho, para la cual la Constitución ha de ser un documento escrito; pero no lo será desde el punto de vista totalmente realista de Karl Schmitt, concepto que nos lleva a admitir una Constitución vigente en todo Estado desde el momento mismo en que existe como realidad concreta, como fenómeno histórico, como hecho tempo-espacial. Pero, evidentemente, este criterio no nos dice la diferencia intrínseca que existe entre una ley constitucional y una ley ordinaria, ya que se limita a hacer una diferencia en cuanto a su objeto.

Podrían también citarse muchos otros criterios de diferenciación, de acuerdo con el criterio que de Constitución se tenga, pues de ésta se dan definiciones como "decisión política" (Schmitt), "norma absolutamente inviolable", "último principio unitario de la entidad política", "ley con dificultades para ser reformada", "norma fundamental estructuradora de un Estado", etc., etc., pero con el mismo resultado del criterio señalado antes. Casi podríamos estar se-

guros de no encontrar un criterio certero que nos dé la razón intrínseca de una diferencia entre la Constitución y la Ley, así se acuda a la filosofía del Derecho. De allí que podamos decir que los sistemas que garantizan la superioridad de la primera sobre la segunda no están basados más que en la utilidad o conveniencia que para un Estado conlleva la existencia de esa superioridad.

Históricamente, es fácil determinar la superioridad de la Constitución sobre la Ley. Bien conocido es que las constituciones surgieron, principalmente, como una garantía a los derechos individuales del hombre frente al poder despótico de los monarcas, y que una vez que éstos dejaron de existir o de serlo en algunos Estados, la Constitución vino a ser un control al poder omnímodo que ellos pueden ejercer en virtud de una soberanía mal entendida. Por una Constitución, el Estado se limita a sí mismo, y es esto lo que configura, esencialmente, al Estado de Derecho, y el motivo para que se rechace por algunos la identificación que del Estado y el derecho hace el formalismo kelseniano, ya que de identificarse, el Derecho no podría controlar al Estado y éste llegaría a ser totalitario, llenándose así contra el fin esencial de la Constitución, que es, principalmente, limitarlo, en la concepción originaria que de ella se tuvo, y concepción que anda de capa caída, pues hoy se admite que puede darse perfectamente un Estado totalitario y despótico, regida por una Constitución válida y legítima, Constitución que vendría a ser, dentro de la concepción del Estado de Derecho, inconstitucional, a pesar de haberse ceñido a las formalidades que establecía una Constitución anterior, o de haber sido dada por un poder constituyente legítimo y capaz de imponerla por la fuerza material o moral.

También es suficientemente conocida la trascendencia que se les dio a ciertos documentos—Bill de derechos, petición de derechos, Carta Magna, etc.—y el papel que en la excepción de inconstitucionalidad desempeñaron las Cartas coloniales que la Corona Británica otorgaba a la norteamericanas, Cartas las cuales eran consideradas como superiores a las Ordenanzas o reglamentos que expedían las Asambleas u organismos coloniales (5).

Como se vé por las anteriores cortas consideraciones, el fundamento para sostener la superioridad de la Constitución sobre la Ley, es más que todo histórico, fundamento que con la evolución

del derecho Constitucional se hizo enteramente formal, por la diferencia que tienen en cuanto a su origen la ley constitucional y la ley ordinaria.

En general, los autores, para señalar la superioridad de la Constitución sobre la Ley, acuden principalmente más que a argumentos estrictamente jurídicos, a argumentos prácticos que dan una visión clara y contundente de la conveniencia de sostener y mantener dicha superioridad, que hoy se acepta como indispensable en casi todos los Estados del mundo.

La necesidad de mantener una superioridad de la Constitución sobre la Ley, surge de la necesidad de asegurar, ante todo, los derechos individuales del hombre, contra cualquier posible violación de ellos por acción del Estado, así sea por el órgano ejecutivo o por el legislativo mismo. Pero en virtud de las evoluciones que el concepto de Constitución ha tenido, la superioridad constitucional no se refiere ya solamente a esos derechos individuales sino a otros muchos principios, más políticos que jurídicos, y que se consideran fundamentales para la organización del país y de sus órganos (parte orgánica de las Constituciones). De allí que día a día las Constituciones vayan siendo más extensas en contenido y consignent disposiciones que no tienen en su esencia nada de común con el anterior derecho constitucional y son principios que se consignan en la Constitución moderna con el fin único de darles estabilidad y protegerlos contra el criterio mudable del legislador. De todo lo cual se desprende que la afirmación que se hace al decir que la superioridad de la Constitución sobre la ley ordinaria no es más que **formal** y nada más que **formal**, es verdadera. Al efecto dice Duguit: "Se admite por esto, que la distinción entre leyes ordinarias y leyes constitucionales rígidas, es una distinción exclusivamente formal. Generalmente y de manera habitual, las leyes hechas en la forma de leyes constitucionales, son leyes que contienen el enunciado de los principios generales de derecho o las reglas de organización de los grandes poderes del Estado. Pero no es su objeto lo que presta carácter distintivo a las leyes constitucionales rígidas . . . Por el contrario, se encuentran a veces, en las leyes constitucionales, disposiciones que en nada se relacionan con la organización de los poderes del Estado, ni contienen precepto alguno que pueda ser considerado

como expresión o enunciado de un principio general de derecho" (6).

Todo lo anterior es evidente y basta con dar un vistazo a las normas que contiene la Constitución de cualquier país para darnos cuenta de ello. En la Constitución de Colombia hay muchos ejemplos que es innecesario citar.

Otro argumento que podría darse es el considerar que hoy las constituciones se tienen como el mejor instrumento para poner en vigencia el programa ideológico de un partido político que en determinado momento histórico se vé triunfante y teme que al caer del poder, el programa no se realice. Sigue así, en cierta forma, imponiendo el programa ideológico al país. Considerando este hecho, podemos deducir que no es ya la esencia o importancia del principio lo que va a determinar la superioridad del principio constitucional sobre el ordinario, sino que es la supremacía de la Constitución misma, considerada **in abstracto**, la que va a darle superioridad al principio que en ella se consigne. Los conceptos, pues, se han invertido. Es así, que no son pocos los que justifican la superioridad de la Carta fundamental sobre la ley, fundándose en motivos exclusivamente políticos. Y dicen que si la democracia política o el Estado de Derecho se realizó a través de las Constituciones, al Estado moderno ha de corresponderle la misión de realizar la democracia económica o funcional, para poder darle un contenido económico y social a la declaración de los derechos individuales. Y así, si como afirman Laski y Becker (8), "un régimen democrático sólo es posible cuando entre los distintos partidos o grupos que lo sustentan, lo animan o lo guían, hay una identidad fundamental, o mejor, una conformidad fundamental en cuanto a los grandes problemas de cada día, de modo que para los vencidos la derrota sea tolerable y para los vencedores de hoy el abandono del poder mañana sea concebible sin que signifique el sacrificio definitivo de sus convicciones o intereses fundamentales", para tener la seguridad de que lo anterior suceda, el mejor medio es consignar esos principios sobre los cuales están de acuerdo los partidos o grupos, en la Constitución nacional. Y esto que se ha hecho con respecto de los principios de la democracia política, se ha querido hacer con respecto de los de la democracia económica. Tal sucedió con el Acto legislativo número 1º de 1936,

cuando el partido liberal impuso constitucionalmente, principios como los siguientes:

El artículo 9º de dicho Acto Legislativo (16 de la codificación actual) dispuso que "las autoridades de la República están instituidas . . . , y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", con lo cual se aceptó el criterio duguitiano de la solidaridad social.

El artículo 17 del mismo Acto (17 de la Constitución), consagró el trabajo como una obligación social, protegido especialmente por el Estado.

El artículo 16 (19 de la Constitución) declaró la asistencia pública como función del Estado, modificando así el criterio de caridad que implicaba el socorrer al que carece de medios y convirtiéndola en una obligación para los gobernantes.

El artículo 10 (30 de la Const.) que consagra la propiedad como una función social, modificando así esencialmente el criterio individualista de la propiedad como un derecho subjetivo, para que ella, en vez de ejercitarse con fines egoístas, se ejercite también con los fines sociales que ella implica.

El art. 4 (32 de la Const.) por el cual se creó el Estado intervencionista y se abandonó el Estado "gendarme", al consignar que "el Estado puede intervenir por mandato de la Ley en la explotación de industrias o empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho" (9).

Como puede intelegirse fácilmente, casi todos los principios anteriores se elevaron a la categoría de constitucionales con el fin de que la ley los desarrollara y acatará. Es una demostración de la superioridad enteramente formal de la Constitución sobre las leyes. Podemos afirmar, por lo anterior, que esa superioridad no es intrínseca y que materialmente no puede establecerse. Dicha superioridad se debe a que la Constitución es producto del poder constituyente y la Ley lo es de un poder constituido, como lo es el legislativo. Pero ella se justifica ampliamente como lo hemos visto, en cuanto estabiliza y da seguridad a muchos principios que son fundamentales para la organización política del Estado y en cuanto sirve de protección a los derechos y garantías individuales, contra el

poder omnímodo de que puede gozar el Estado, ya que, como antes se ha dicho, una Constitución es una autodelimitación del poder en la máxima entidad rectora de la sociedad.

Pero, como decíamos al principio de este estudio, la superioridad de la Constitución sobre la norma legal, implica —si ella no ha de ser teórica— la no aplicación de las leyes opuestas al texto constitucional, y lo cual supone la existencia de un órgano que declare la inconstitucionalidad de esas normas, o la facultad reconocida a los jueces para no aplicar dichas normas cuando en todo litigio se presente la contradicción.

II — Sistemas.

Varios sistemas ha ideado la ciencia jurídica para resolver los posibles conflictos que en una legislación nacional puedan presentarse entre la Constitución y la ley ordinaria. Entre ellos, como los más definidos, aparecen el kelseniano, el norteamericano y el colombiano. Los demás pueden considerarse como variaciones de estos, y al estudiarlos se hará mención de algunos de esos sistemas, pues casi todos los países de mundo han adoptado procedimientos más o menos semejantes, lo que no impide decir, con Gómez Naranjo, que el único país que vive dentro de una perfecta legalidad constitucional, es Inglaterra, dadas las especiales circunstancias de no existir una Constitución escrita y el respeto absoluto que por la tradición jurídica se tiene en el país. Puede decirse también, aunque no tan absolutamente, que Francia e Italia viven, asimismo, dentro de un régimen de legalidad constitucional, puesto que en dichos países se presume que toda ley es constitucional (10) y ello porque se considera que el parlamento es el depositario de la soberanía nacional.

El hecho es más claro en Francia que en Italia. En el primer país ha sido tradición conceder la soberanía al parlamento, como representante directo de la nación francesa. Sin embargo, y cuando empezó a hacerse la diferencia entre poder constituyente y poder legislativo, Sieyès abogó por la creación de una "jury constitutionnaire" como un Tribunal de Casación constitucional. Pero, y a pesar de que los autores en general reconocen una jerarquía de las leyes, no están de acuerdo en que se establezca un sistema que asegure

esa jerarquía y deje de ser meramente teórica, porque ello sería limitar la libertad del parlamento y por tanto, recortar la soberanía, ya que, como es evidente, si algún organismo tuviera la facultad de aniquilar una ley, ese organismo sería superior al mismo poder legislativo y lo cual va contra el principio esencial del Estado de derecho, de una separación e igualdad de los poderes públicos.

Pero aunque sea así, no son pocos los publicistas que abogan por una jurisdicción constitucional. Y contra el pensamiento de Esmein, están las argumentaciones de Hauriou.

Dice Esmein: "La prohibición de tocar las leyes constitucionales no tiene casi necesidad de ninguna sanción: la intervención de una asamblea especial, la necesidad de formas particulares para el ejercicio del poder constituyentes, bastan por sí mismos para defenderlas del ataque del simple poder legislativo. Pero aquí se trata de una ley ordinaria votada regularmente en la forma, por el poder que tiene el derecho de legislar: quién será el juez apto para saber si ha transpasado o no los límites fijados por la Constitución?" (11). Si ese poder existiera, sería superior al legislativo, y lo cual no puede ser para Esmein. Y así, para criticar el sistema norteamericano de la inaplicabilidad, se pregunta si la Corte Suprema no queda como un Tribunal político, superior al poder legislativo y superior aún a la voluntad nacional? A esta objeción, responden los juristas norteamericanos que no, puesto que la Corte no va a declarar nula una ley sino que simplemente no va a aplicarlo y que ella misma, por vía de control, no puede examinar la constitucionalidad de una ley, sino que tiene que esperar a que una de las partes en litigio pida no se le aplique.

Pero las objeciones más serias pueden hacerse con argumentos de Hauriou, cuando con toda certeza dice: "La souveraineté incontrôlable ne reside que dans la nation et n'est point délégué: Toute souveraineté délégué est contrôlable". Y agrega después: "Este principio se aplica al poder deliberante en el ejercicio de su función legislativa. Es en virtud de ese principio de la limitación de todos los poderes delegados, como en virtud del principio de la superioridad de la ley constitucional sobre la ley ordinaria que el control jurisdiccional de las leyes ha sido organizado en los Estados Unidos de Norteamérica" (12).

De manera que si en Francia se acepta, aun por Esmein, una categoría de las leyes y si se acepta que la soberanía del parlamento es delegada, de por fuerza hay que aceptar que es posible la creación de un sistema que resuelva los conflictos que entre la norma constitucional y la ley puedan presentarse. De no ser así, la jerarquía de las leyes no es más que teórica, y en esto están de acuerdo no pocos autores.

En cuanto a Inglaterra, donde no existe Constitución escrita, como antes se anotó, establecer un sistema para el control de las leyes es imposible. Lo que allá llaman leyes constitucionales, como la Carta Magna, la declaración de derechos, las leyes de unión con Escocia e Irlanda, son leyes con la misma fuerza legal que cualesquiera otras y derogables o reformables por el parlamento sin formalidades especiales.

A) — Sistema kelseniano.

"Anular una ley —dice Kelsen— tiene el mismo carácter y de generalidad que formularla, no siendo sino una formación negativa, y por tanto, una manifestación negativa. Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, en consecuencia, un órgano legislativo". (13).

Lo anterior puede tomarse como el pensamiento fundamental del profesor citado para sostener la creación de un tribunal especial que tenga las facultades para dirimir los conflictos entre la ley y la Constitución. Con el establecimiento de ese tribunal, que no pertenece a ninguno de los tres órganos del poder público, queda incólume el principio fundamental de todo Estado de Derecho, de la separación e igualdad de dichos órganos, pues confiar al poder judicial la función de dirimir los conflictos que se presenten, es darle una superioridad sobre el legislativo, superioridad que desde el punto de vista político es inaceptable. Y así, dice Kelsen que "la exclusión o limitación del derecho al poder judicial de examen, suele justificarse recurriendo al principio de la separación de poderes. Y se argumenta: el poder judicial no puede intervenir en el legislativo, por tanto el juez no puede tener competencia para examinar la constitucionalidad del proceso de la legislación".

Un tribunal establecido directamente por el poder constituyente, con independencia de los tres órganos del poder público y superior a ellos, es la pretensión kelseniana, y ella fue consignada en la Constitución austriaca de 1920, como Tribunal de Justicia Constitucional. A él se le encargaba de velar por la constitucionalidad de las leyes, la legalidad de los reglamentos. Asimismo, entendía de las cuestiones de competencia entre la Federación y los estados miembros, en las de éstos entre sí, entre las que se daban entre los órganos judiciales y administrativos; siendo, al mismo tiempo, jurisdicción electoral para toda clase de elecciones, y tribunal que hacía efectivas las responsabilidades de los altos funcionarios, y algunas otras funciones. Esta jurisdicción anulaba por sentencias las leyes o parte de ellas, que estimaba inconstitucionales. Sus decisiones eran erga omnes. Tenía, pues, una jurisdicción más amplia que la del Consejo de Estado francés.

En la Constitución española de 1931, se estableció un Tribunal de garantías constitucionales, con fundamentos semejantes al ideado por Kelsen. Ante dicho Tribunal se acusaban las leyes inconstitucionales y se establecía una acción muy amplia. Sin embargo, el juez no podía por sí mismo, dejar de aplicar una ley en un litigio, cuando en su concepto dicha ley era inconstitucional. Cuando tal ocurría, el juez debía consultar al tribunal de Garantías constitucionales y esperar respuesta.

Para Kelsen, como antes se vió, estos tribunales tienen una función legislativa en un sentido negativo. La mayoría de los autores sostiene que se trata de una función jurisdiccional y ello parece lo más acertado. Puede afirmarse, que son representantes del poder constituyente y cuya obra requiere, porque carece de permanencia en su organización y porque es superior a cualquier otro poder dentro del Estado, una defensa normal y continua. Viene a ser una jurisdicción *sui géneris*.

En cuanto a las funciones o facultades que deben atribuírse a dichos tribunales no son pocas las teorías y discusiones que en los países europeos se crean entre los tratadistas de derecho público. Y así, como la inconstitucionalidad de las leyes puede ser intrínseca o extrínseca, es decir, que las leyes pueden violar el precepto constitucional en su contenido, o pueden violarlo en cuanto que no

acató los trámites señalados para su formación, los autores discuten si debe atribuírse a esos tribunales especiales la facultad de la revisión de la ley tanto en su contenido como en su aspecto formal, o si sólo debe dársele facultad para lo primero y reconocer lo segundo al poder judicial. De allí que la Constitución de Checoslovaquia en su artículo 102, reconocía a los jueces el derecho de examen de las condiciones externas del acto legal, en tanto que reservaba a la jurisdicción constitucional el examen de las condiciones internas.

George Fischbach sostiene en su "Derecho Político" (14), contra el pensamiento de algunos autores alemanes y de acuerdo con Laband, que las autoridades judiciales pueden examinar el contenido material de las leyes, pero que no pueden entrar a analizarlas en su aspecto formal, pues "al promulgar la ley el Jefe del Estado, garantiza y proclama que su aprobación ha seguido las prescripciones constitucionales.

Lo que no dice ni juzga aquel acto es que la ley, por su contenido, respete la Constitución". Mas adelante sostiene que sólo en aquellos países en donde existe un poder constituyente superior a legislativo y desempeñado por órganos propios, tienen derecho los tribunales a examinar la constitucionalidad de la ley y a declararla inaplicable cuando contradiga a la Constitución. (Hay que anotar que Fischbach no cree en el poder constituyente.) Y después, para criticar al tribunal establecido en la Constitución austriaca de 1920, dice que no cabe duda de que este organismo responde a un concepto enteramente jurídico del Estado; pero que "a medida que han ido progresando las críticas a la "teoría pura del Derecho y del Estado", contra la identificación kelseniana de Estado y orden jurídico, el entusiasmo (por esa clase de tribunales) ha desaparecido; el punto culminante de esas críticas es Carl Schmitt que ha opuesto al concepto "compromisorio" de la democracia constitucional su teoría de la constitución como decisión política, al estimar que un órgano "jurídico" no puede ser "defensa" adecuada y "garantía" de la Constitución".

Como fácilmente se puede deducir por lo anterior, Fischbach adhiere a la concepción realista que de Constitución tiene Schmitt, para impugnar el formalismo kelseniano.

Para una mejor comprensión de las afirmaciones de Fischbach

y entender de modo más claro las incidencias que sobre la jurisdicción constitucional tienen las doctrinas, totalmente opuestas, de Kelsen y de Schmitt, no sobra consignar aquí algunos de los conceptos del último publicista al respecto.

Es claro que para Carl Schmitt la jurisdicción constitucional no ha de tener mucha importancia. Su concepción de la Ley fundamental del Estado como "decisión política", se opone, en el sentido jurídico, a una jurisdicción constitucional, que aparece, como lo afirma la mayoría de los autores, como la culminación y perfeccionamiento del Estado de Derecho. Sobra advertir, que la "teoría de la Constitución" como "decisión política" admite el Estado totalitario.

Al tratar Schmitt de los conflictos constitucionales ("Teoría de la Constitución, pág. 131) dice que no se trata de una reclamación constitucional, que no es un medio jurídico general del individuo a través del cual se confirma, frente a un acto de las autoridades, una violación de derechos protegidos en la ley constitucional, y los sitúa en el campo político: en los Estados federales (litigio entre la Constitución general y la Constitución particular de cada estado federado). En una Monarquía constitucional, en la cual el conflicto constitucional se presenta como una situación dualística: gobierno y representación popular, y aquí, dice, los litigios constitucionales se determinan no sólo por el objeto, (la Constitución), sino también por las partes: gobierno y representación popular. Pero rechaza esta concepción dualística dentro de una Constitución democrática pura, puesto que ya la Constitución no puede considerarse como un pacto, ya que es el poder constituyente, soberano, quien la otorga.

Admite Schmitt un Tribunal de **Justicia Política** para decidir litigios constitucionales, y como partes en tales litigios, sólo pueden serlo los órganos supremos que existen para la ejecución y organización inmediatas de las decisiones políticas, es decir, entre parlamento y gobierno. Como se vé por lo anterior, los conflictos constitucionales solamente pueden presentarse, en su teoría, en el campo político (de la organización del Estado), y no en el campo particular. Una ley que afectara los derechos individuales, no coaccionaría un conflicto constitucional, puesto que la Constitución es una

"decisión política", y no un pacto por el cual se garantizan determinados derechos, como en un principio se concebía.

"Cuestión **distinta**, dice después (pág. 138 de la obra citada), es la de en qué medida sea recomendable resolver en un procedimiento de forma judicial las dudas y diferencias de opinión sobre la interpretación de leyes constitucionales. Para decidir tales cuestiones dudosas, sobretudo, la de si una ley o una ordenanza son compatibles con las prescripciones contenidas en la ley constitucional, puede ser previsto un ordenamiento especial de forma **judicial**, en que decida un Tribunal, que puede designarse "Tribunal de Estado", "Tribunal Constitucional"; pero Tribunal que no por ello, dejaría de ser también **político**, en su criterio, y no jurídico, puesto que siempre se referirá a cuestiones de interpretación relativas al funcionamiento del Estado, y no a derechos de los individuos".

B) — Sistema norteamericano.

En los Estados Unidos de Norteamérica se consagra para las autoridades judiciales superiores las cuestiones de inconstitucionalidad, sin acciones especiales de cualquier tipo, y solamente por vía de excepción en un pleito de parte contra parte. Tales asuntos de inconstitucionalidad sólo son conocidos por la Corte Suprema si llegan en recurso de casación. Pero ella no se pronuncia sobre la validez de la ley, pues la ley se considera nula **ab initio**, sino que la Corte se pronuncia sobre los derechos del demandante contra el demandado.

El sistema norteamericano, que propiamente no lo es, nació de su tradición política de antes de la guerra de Independencia, puesto que sabido es que las colonias se gobernaban, o mejor, estaban sometidas a cartas escritas procedentes de la Corona Británica. Las disposiciones de dichas cartas fueron reforzadas por los Tribunales como "leyes superiores", por encima de los estatutos y ordenanzas de las Asambleas coloniales y así, cuando una ley de estas Asambleas sobrepasaba las disposiciones de las Cartas de la Corona, eran nulas, así como los acuerdos de una ciudad. Cuando las Cartas coloniales, después de la Revolución fueron sustituidas por constituciones, se continuó con la práctica antigua; "la palabra inconstitucional fue sus-

tituida por las palabras *ultra vires*, pero la procedencia y las teorías básicas permanecieron las mismas". Por lo anterior, puede deducirse que el control de las leyes existe, solo porque las leyes del Congreso y de los Estados son válidas cuando están de acuerdo con la Constitución. "La doctrina norteamericana, pues, se basa directamente en un solo concepto: una ley contra la Constitución es nula. La ley inconstitucional no llega a ser inexecutable cuando se la declara inconstitucional por una Corte; es nula *ab initio* —desde el principio— y la Corte no puede aplicarla a causa de su nulidad" (15).

La base constitucional del sistema norteamericano, llamado "por vía de excepción" (inaplicabilidad), se funda en el artículo VI, Sección segunda, de la Constitución, que dice: "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan en aplicación de ella y todos los tratados hechos, o que se hagan, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la norma jurídica suprema del país; y los jueces de cualquier estado estarán sujetos a ella, no obstante cualesquiera cosas contrarias que pueda haber en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado".

El magistrado Hughes —presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1930 a 1941— para justificar el sistema de control judicial de las leyes en su país, dice "Si se habían de llevar a la práctica las limitaciones de las facultades del Congreso definidas por la Constitución y si se habían de proteger los derechos individuales en la forma en que aquélla establecía, tenía que haber algún Tribunal que pudiera determinar cuándo se había excedido de esos límites. Naturalmente —agrega— ese Tribunal no podía ser el de un Estado, porque ello capacitaría a los Estados para anular toda la autoridad legal; no podría conferirse tal poder al ejecutivo, porque ello sería hacerlo superior al Congreso; no podía atribuirse al Congreso porque ello sería hacerle juez único de su propia autoridad, y capacitarle para eludir todas las limitaciones de sus facultades. (La Suprema Corte de los Estados Unidos). (16).

"Pero es evidente —dice Sarria en su Tratado de Derecho administrativo— que los mismos argumentos servirían para rechazar el sistema consistente en que la entidad de decisión fuera la Corte Suprema de Justicia, representante de la Rama Jurisdiccional, pues ello sería hacerla superior al Congreso". Sin embargo, la observación,

aunque aparentemente cierta, no lo es, pues como se dijo antes, la Corte, al abstenerse de aplicar una ley inconstitucional no se hace por ese acto superior al poder legislativo, ya que desde que la ley es inconstitucional, es nula *ab initio*, y el Congreso no tenía autoridad para dictar tal ley; además, la ley por el hecho de no aplicarse no deja de existir, no se aniquila, como ocurre en la acción de inexecutable.

El sistema de la inexecutable, si él se establece, como en los Estados Unidos, para los altos tribunales de Justicia, no parece contradecir el principio democrático del Estado de Derecho de la separación de los poderes, como sí lo contradice la acción de inexecutable.

Hauriou, para justificar el sistema norteamericano, da los siguientes convincentes argumentos: "Si el juez juzga un conflicto entre una ley nueva y una antigua; entre la nacional y extranjera; entre la ley y el reglamento, por qué no puede dirimir uno entre la ley y la Constitución? El principio general de que toda ley "est sous la condition d'application par le juge" afirma más tal posibilidad". (17).

La doctrina norteamericana ha dado como principios fundamentales que rigen el recurso de inexecutable, los siguientes: (18).

a) Naturaleza de la función.—Los tribunales americanos han dejado establecido que la función que ejercitan cuando rechazan el cumplimiento de una ley por ser inexecutable es estrictamente judicial e inherente, por tanto, a la que regular y normalmente ejercen interpretando y aplicando las leyes.

b) Oportunidad para su ejercicio.—Solamente puede usarse por los tribunales esa función en el curso de un litigio o procedimiento ejecutivo enjuiciatorio en el que de modo necesario surja la cuestión de inexecutable de la ley aplicable al caso.

c) Provocación.—La cuestión de inexecutable no puede ser provocada por ningún litigante particular. Tiene que surgir de modo natural y necesario en el curso de un litigio.

d) Necesidad.—La decisión de la cuestión de inexecutable ha de ser absolutamente necesaria para el fallo del caso contro-

vertido; si este puede apreciarse sin necesidad de entrar en aquella, el tribunal rehusa resolverla.

e) Evidencia.—La inconstitucionalidad ha de ser clara; de lo contrario, la ley impugnada se aplica bajo el supuesto de que los actos legislativos son válidos mientras razonablemente puedan reputarse constitucionales, a pesar de las razones fundamentales que pudieran aducirse en contrario y las opiniones particulares de los miembros del Tribunal, porque "no es parte de la función judicial hacer prevalecer una opinión por razonable que sea, sobre otra, no menos razonable, en oposición o conflicto con ella".

A este respecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sustentado la siguiente jurisprudencia: "Esta declaración (de inconstitucionalidad) no debe hacerse jamás sino en casos claros. Toda presunción posible está en favor de la validez del estatuto o ley y ella ha de mantenerse hasta que se demuestre lo contrario más allá de toda duda racional. Una rama del gobierno no puede inmiscuirse en los dominios de la otra sin peligro. La seguridad de nuestras instituciones depende en no pequeño grado de la estricta observancia de esta regla" (S. F. cases, 99 US. 700, 718).

f) Realidad.—La declaración de inconstitucionalidad no se hace en casos ficticios o simulados, que se plantean sin hechos verdaderos en qué basarse, con el fin exclusivo de hacer surgir el problema de inconstitucionalidad.

g) Necesidad de litigio.—Ningún departamento gubernamental puede plantear cuestiones de inconstitucionalidad per se; es necesario que exista el litigio. En otras palabras, no puede pedirse ni obtenerse la declaración de inconstitucionalidad fuera de actuaciones judiciales.

h) Exclusiones.—Las cuestiones políticas o las leyes reguladoras de derechos políticos no pueden ser declaradas inconstitucionales.

i) Respecto de la Constitución.—Los tribunales no pueden declarar inconstitucional una ley por el hecho de ser injusta, absurda, opresora o contraria al espíritu de las instituciones nacionales. No violando ningún precepto constitucional, es válida y debe ser obedecida.

j) Respecto de los derechos individuales.—Sólo puede declararse una ley inconstitucional cuando, con violación de un precep-

to constitucional, lesiona derechos o intereses privados o la propiedad privada. Si no hay lesión de esos derechos o intereses, la ley es válida y de ser cumplida.

k) Quién la puede plantear.—Solamente la parte afectada por la ley que se impugna puede plantear su inconstitucionalidad en el curso del procedimiento judicial. La afectación debe ser real y verdadera.

l) Clase de juicio.—El juicio o pleito ha de ser genuino y no meramente colusionario, es decir, aquellos juicios en que las partes desean la misma decisión.

Sin embargo, los Tribunales admiten la posibilidad de hacer una declaratoria de inconstitucionalidad en el curso del procedimiento en casos como estos, con tal que el gobierno u otras partes interesadas en la validez de la ley, tengan una amplia oportunidad de ser oídas en el pleito.

ll) Quién puede hacer la declaración.—La declaratoria de inconstitucionalidad solo puede hacerla la Corte Suprema Federal o las Cortes Supremas de cada Estado de la Unión americana y precisamente por los plenos de dichos Tribunales.

m) Inconstitucionalidad parcial.—La Corte Suprema Federal ha admitido que aquellas leyes cuyas disposiciones pueden ser distintamente separadas y producir efectos independientes, es posible declarar la inconstitucionalidad de parte de ellas, con tal que el Tribunal pueda apreciar y declarar que la intención del legislador al votar la ley fue la de que en caso de que algunas de sus normas fueran declaradas nulas, las restantes, válidas, pudieran ser cumplidas y obedecidas.

n) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.—Esta declaración sólo afecta el caso en que se hace y en cuanto a él, se considera como si la ley nunca hubiera existido. Es decir, sus efectos son similares a los de una sentencia judicial. La ley sigue en vigor pues la sentencia judicial no la deroga; pero el respeto que inspiran en los Estados Unidos las decisiones judiciales ha dado a cada sentencia particular de la Corte Suprema la fuerza de una regla general y ha erigido en norma de derecho consuetudinario que el poder ejecutivo se abstenga de seguir imponiendo una ley declarada inconstitucional en cualquier caso.

"ESTA costumbre política ha dado lugar a que escritores y jueces americanos usen en sus obras y sentencias, con evidente impropiedad, los términos de "invalidación de la ley" o "anulación de la ley". En realidad, la sentencia, o mejor dicho, la declaración de inconstitucionalidad, ni invalida ni anula la ley; simplemente rehusa su cumplimiento en el caso particular objeto del litigio, pues el tribunal carece del poder para derogarla en términos generales, potestad privativa del Congreso". (Merino Brito).

C) — Sistema colombiano.

I — Estructuración. — En los artículos 214, 215 y 216 de la Constitución Nacional se encierran los fundamentos esenciales del sistema que consagra la jurisdicción constitucional en Colombia.

Para no pocos de nuestros tratadistas de Derecho Público, el sistema que para su seguridad e integridad consagra la Constitución, es casi perfecto, concepto el cual estoy lejos de compartir.

Con el fin de hacer un análisis y crítica del sistema, aunque no sea en forma demasiado amplia, me permito transcribir los textos constitucionales que lo consagran:

Art. 214—A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido abjetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. (Art. 53 A. L. de 1945).

Art. 215—En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. (Art. 54 del A. L. de 1945).

Art. 216—Corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso-ad-

ministrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de esta Constitución. (Art. 41 del A. L. de 1945).

Como se vé por las anteriores transcripciones, nuestra Constitución consagra una amplia seguridad en su beneficio ya que por medio de la acción de inconstitucionalidad que consagra para todos los particulares y por la excepción de inaplicabilidad establece un rígido sistema que asegura la superioridad de la Constitución sobre la ley, tomada esta palabra en su más amplia significación.

Mas no son solamente las anteriores disposiciones las encaminadas a asegurar dicha superioridad, pues que por otra norma constitucional se permite al presidente de la República abstenerse de sancionar el proyecto de ley aprobado por el Congreso, cuando a su juicio dicho proyecto es inconstitucional, caso en el cual, si devuelto el proyecto al Congreso con objeciones de inconstitucionalidad y éste insiste, pasa el proyecto a la Corte para que ella decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto. (Arts. 85 y 90 de la C. N).

Intervienen, pues, según el sistema consagrado por la Constitución en beneficio de su integridad y aseguramiento de su superioridad:

a) La Corte Suprema de Justicia. b) La jurisdicción de lo contencioso-administrativa. c.) Los empleados públicos. d) Los ciudadanos. e) El presidente de la República. f) Gobernadores y alcaldes.

a) La Corte Suprema de Justicia interviene cuando ante ella se acusan en ejercicio de la acción de inexequibilidad: 1º—Las leyes (en su significado estrictamente formal). 2º—Los decretos legislativos propiamente dichos, llamados así por el art. 11 de la ley 153 de 1887, y que los dicta el Presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 121 de la Constitución, que deben llevar la firma de todos los ministros y cuyos efectos son los de suspender, pero no derogar, las leyes incompatibles con el Estado de sitio. 3º—Los decretos leyes o decretos extraordinarios, que tienen fuerza de ley, y que dicta el presidente de la República

en ejercicio de precisas facultades extraordinarias, cuando el Congreso lo reviste de ellas pro tempore. Por tales decretos se pueden reformar, suspender y derogar las leyes vigentes que se opongan a los fines para los cuales fueron otorgadas las facultades. 4°—Los decretos que dicta el Presidente con base en una autorización especial y expresa, de carácter ordinario que le concede el Congreso. Tienen también fuerza de ley. (19).

b) La jurisdicción de lo contencioso-administrativo tiene un amplio campo de acción en lo que se refiere a la implantación de la supremacía de la norma constitucional sobre la ordinaria, y es así como el Consejo de Estado y los Tribunales administrativos conocen de demandas contra los decretos simplemente ejecutivos que expide el Presidente en ejercicio de la potestad reglamentaria, contra los decretos del mismo, por autorización directa de la Constitución, así como también de los demás decretos, resoluciones y órdenes de las autoridades, y de las demandas contra las ordenanzas departamentales y acuerdos municipales, de conformidad con la competencia establecida por la Constitución y la ley 167 de 1941 o Código Administrativo.

c) Los empleados públicos, en cuanto que son ellos los encargados de la aplicación de la ley o de su ejecución. Entre nuestros juristas se ha discutido si la facultad que otorga la Constitución en su artículo 215 se limita a los funcionarios de la rama judicial o si ella se extiende a toda clase de empleados, y argumentos poderosos militan en favor de ambas tesis. Lo que si se ha descartado es que los particulares puedan dejar de cumplir la ley por el solo hecho de que les parezca inconstitucional, ya que de otro modo el orden jurídico sería imposible de conservarse. Por lo demás, el texto constitucional es claro cuando dice que "se aplicarán" de preferencia las disposiciones constitucionales, y solo a las autoridades corresponde aplicar la ley.

d) Los ciudadanos, puesto que por disposición del precitado artículo 214, se da facultad a todos los ciudadanos para acusar ante la Corte Suprema las leyes y decretos que a su juicio sean inconstitucionales. Por sentencia de la misma Corte se ha dispuesto que no solamente cualquier ciudadano sino cualquier persona, sea natural

o jurídica y aún los extranjeros que estén domiciliados pueden acusar dichos actos por inconstitucionalidad.

e) El Presidente de la República interviene en la guarda de la integridad de la Constitución, en cuanto que ésta lo faculta para objetar los proyectos de ley que le sean sometidos para su sanción, en virtud del artículo 85 y siguientes.

f) Los Gobernadores y Alcaldes ya que en virtud del artículo 194, ordinal 6° los primeros tienen como una de sus atribuciones, "objectar, por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanzas, . . ." y el numeral 7° del mismo artículo les da la atribución de "revisar los actos de los Concejos Municipales y los de los alcaldes, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros al Tribunal competente, para que éste decida sobre su exequibilidad". Así mismo, "el Alcalde puede objetar los proyectos de acuerdos sólo por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad . . ." (20).

El sistema consagrado por nuestra Constitución y por nuestras leyes coincide con el pensamiento de Jéze, quien dice que por medio de tres medios puede asegurarse o, mejor, estructurarse la jurisdicción constitucional y son los siguientes: 1°) Facultando a los Tribunales y a los jueces para que en los casos de contradicción entre la Constitución y la ley, se aplique la primera. 2°—Acusando directamente la ley inconstitucional ante un tribunal a fin de que no siga rigiendo. 3°—Por medio de una indemnización de los perjuicios causados por la ley inconstitucional, indemnización que supone previa declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley. (21) Este último, viene a ser un medio indirecto.

Pero es indudable que nuestra Constitución para garantizar la constitucionalidad de la ley establece principalmente dos medios, o sean, los consagrados en los artículos 214 y 215, y que se distinguen claramente el uno del otro, pues el primero se ejercita como acción y el segundo como excepción, y, además, tienen efectos substancialmente distintos. Así, el fallo de inexecutable de la ley, cuando esta es acusada ante la Corte Suprema y, solo éste Tribunal es apto para conocer de la acción de inexecutable, produce efectos erga omnes, en tanto que cuando se opone la excepción de inconstitucionalidad y el funcionario la acoge, que es el encargado

de aplicar la ley, sólo produce efectos relativos y en el asunto de que se trata, es decir, entre las partes. Además, cuando una ley es declarada inexecutable, dicha ley deja de existir y es borrada de la legislación. Es la función legislativa en sentido negativo a que se refiere Kelsen. En tanto que cuando un funcionario acoge la excepción de inconstitucionalidad, la ley sigue vigente. Simplemente, ella no se aplica al caso concreto de que se trata. (22).

Crítica.

Aunque no pocos juristas han alabado y defendido el sistema del control de la ley que en Colombia existe, es lo cierto que él ha presentado no pocas dificultades, bien sea por la interpretación que por la Corte Suprema de Justicia se le ha dado a los artículos que lo consagran, ya por motivos políticos que han desviado la verdadera función de nuestra Corte, que debe ser la de administrar justicia entre los particulares y no a la de resolver conflictos entre los órganos del Estado o entre el poder constituyente y el legislativo, así lo haga por delegación directa de la Constitución, ya que tales conflictos pertenecen a la ciencia política o al derecho político, mejor, y no a una entidad que es la cabeza de uno de los órganos del poder público, como lo es el jurisdiccional, aunque así se llame, propiamente, a la función y no al órgano.

Y es indudable, que los inconvenientes que el sistema ha originado, tienen su base en los defectos de orden científico de que adolece.

Para proceder con orden, examinemos primero, a la luz de los principios científicos universalmente aceptados, la acción de inconstitucionalidad, tal cual está consagrada en nuestro país.

Como institución, nadie discute la conveniencia de su existencia y de su consagración. Al principio de este estudio así se ha establecido. Así mismo, puede aceptarse que la inexecutable deba ser propuesta por quien tenga interés, de cualquier clase que sea, y que ella no pueda ser declarada de oficio. Puede, también, aceptarse los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Lo que sí no puede aceptarse, porque va contra la separación de poderes y da a la Corte una superioridad sobre el poder Legislativo que no

puede aceptarse, es que dicha entidad sea la encargada de conocer de las demandas de inexecutable. No puede alegarse a esto que es el constituyente el que le ha otorgado dicha superioridad, pues precisamente, tal es el error que cometió, ya que dio a la Corte una función que es extraña a su índole. Ella no es tribunal de conflictos políticos, sino de conflictos entre particulares, y el conflicto que se presenta entre el poder legislativo y el poder constituyente o sea, entre la ley y la Constitución, es netamente político. El moderno derecho Público aconseja una entidad distinta, por ésta razón.

Es cierto que por ser la Corte una corporación de funcionarios cualificados, su versación en la ciencia del derecho sea mayor que la que tienen los componentes del Parlamento. Mas es también cierto que no siempre la Corte está integrada por funcionarios especializados en Derecho Público y sabido es el abismo que hoy existe entre este campo del derecho y el derecho privado antiguo, si se le concibe como el derecho que rige las relaciones entre los particulares. Así lo han reconocido ilustres juristas en nuestro país. (23).

Si examinamos el otro medio, o sea el de la excepción de inconstitucionalidad, también encontramos inconvenientes. Así se acepte, como dice Hauriou, que si el juez tiene facultades para aplicar una norma nueva ante una vieja o buscar entre las muchas normas que existen la aplicable al caso controvertido, ha de reconocérsele también la facultad de aplicar una norma entre la ordinaria y la constitucional, es lo cierto que va contra la lógica jurídica el hecho de que un funcionario, no siempre sabio en derecho constitucional sino al contrario, casi siempre ignorante en tal materia, tenga la facultad de desconocer la voluntad del legislador simplemente porque a su juicio la norma es, o le parece, inconstitucional. No se vé ninguna razón para presumir la sabiduría del funcionario encargado de aplicar la ley como superior a la del legislador, máxime, si se piensa que la ley es producto de la deliberación de varios individuos, algunos versados en la ciencia del derecho y otros no, y que ella ha pasado incólume por la sanción presidencial, siendo así que el presidente tiene el derecho al veto por motivos de constitucionalidad.

Podrían señalarse algunos otros inconvenientes a ambos medios, pero parece inútil, por la fuerza que tienen los anteriores ya señalados.

Proyecto de reforma.

Los inconvenientes señalados y los que por la experiencia histórica se conocen en el país, son base suficiente para que el constituyente colombiano piense en una reforma, que como en las anteriores, vaya corrigiendo los defectos de que adolece nuestro sistema. Pues si es cierto que fue Colombia el primer país del mundo que consagró constitucionalmente la jurisdicción constitucional, es también cierto que no es ella la más perfecta.

Por la última reforma, o sea por que la que se hizo por medio del Acto Legislativo número 1º de 1945, se atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, la facultad de conocer de todos los decretos, resoluciones y demás actos emanados de la autoridad administrativa, con excepción de los decretos dictados por el presidente de la República en ejercicio de las atribuciones conferidas por los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y del artículo 121, en la forma como anteriormente se expresó, lo cual se hizo teniendo en cuenta que dichos decretos son leyes en el sentido material. Mas olvidó el constituyente del año de 1945, que como dice León Duguit, la jurisdicción se organiza teniendo en cuenta no la función sino el órgano.

También de las resoluciones de la administración emanadas en virtud de un contrato, conoce la jurisdicción ordinaria, cuando la doctrina aconseja por razones de lógica jurídica que es a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a la que debe corresponder. Mas el problema es ajeno a la índole de este estudio.

1º—Es, pues, un punto de reforma, el atribuir al Consejo de Estado el conocimiento de todos los decretos emanados por el presidente de la República, teniendo en cuenta, no su aspecto material, sino el formal.

2º—Debe suprimirse al Presidente de la República el derecho de vetar un proyecto de ley por motivos de inconstitucionalidad **material** así como a los gobernadores y alcaldes, respecto de ordenanzas y acuerdos.

Se funda esta reforma en que no hay por qué suponer la preparación de dicho funcionario en materia de Derecho Constitucional, como para apreciar un conflicto entre la ley, la ordenanza o el acuerdo con la Constitución, que una corporación no vio. Como

lo afirma Fischbach con respecto a la constitución de su país (24), la firma que el presidente da para que un proyecto sea ley, no debe significar más que la constitucionalidad formal, es decir, que el proyecto en su curso ha acatado todas las normas de procedimiento que exige la Constitución, como es el del número de debates y de votos que ésta exige, todo lo cual si es de fácil conocimiento para el presidente y para lo cual bastaría con examinar o hacer examinar las actas correspondientes.

Esta reforma evitaría que las relaciones entre los dos poderes pudieran desarmonizarse por el hecho del veto presidencial y tendría, además, la ventaja de que una ley no podría ser ya declarada inexecutable jamás por defectos de forma, y se evitaría el hecho de que una corporación no conociera de su inconstitucionalidad, excusándose, como lo ha hecho nuestra Corte, en que entraría a estudiar no a la ley, sino al proyecto, y la Carta Fundamental no la autoriza para ello.

3º—Creación de un Tribunal de Jurisdicción constitucional, que vendría a ser, como lo dice Kelsen, "la culminación del ordenamiento jurídico, pues él sería representante permanente del poder constituyente y estaría por encima de los tres poderes tradicionales. A dicho tribunal no le correspondería conocer de conflictos privados, sino políticos, como el de la inconstitucionalidad de una ley, o de los conflictos que se presenten por motivos de competencia entre los diversos órganos del Estado. Tendría las atribuciones que la ley pudiera señalar al Tribunal de Conflictos que nuestra actual Constitución establece, mas sus facultades serían dadas por el Constituyente. Podrían atribuírsele algunas otras funciones, por ejemplo, en materia electoral, pero teniendo siempre en cuenta que tales funciones han de pertenecer al derecho Político.

Ante este tribunal podría ejercitarse la acción de inconstitucionalidad en la forma en que hoy está consagrada y con los mismos efectos, por la ley 86 de 1936.

Y además, podría dársele la facultad de que por iniciativa propia, de oficio, declarara la inconstitucionalidad de cualquier ley que a su juicio, fuera inconstitucional. Su jerarquía, o sea, la más alta representación del poder público, se lo permitiría.

Este Tribunal que fue establecido en Austria, en donde se si-

guió la teoría kelseniana y en España, como antes se señaló, podría integrarse y sería lo más lógico, por representantes de los tres poderes —dos por cada uno— y en caso de empate, se elegiría un conjuer. Serían elegidos por el Congreso, por el Ejecutivo y por la Corte Suprema de Justicia, mas sus atribuciones emanarían directamente del poder constituyente.

Es lógico suponer que se exigirían las más altas condiciones personales para ser miembro del Tribunal de Jurisdicción constitucional, como su versación indiscutible en derecho Público, determinada edad, cargos anteriores, nacionalidad, etc . . .

4º—Toda ley se reputaría constitucional hasta que no fuese declarada inexecutable por el Tribunal. Se evitaría así el hecho de que cualquier funcionario desconozca la voluntad del legislador. Podría conservarse, sí, la facultad al particular de pedir al funcionario que no le aplique una ley porque la considera inconstitucional, dando algunas razones que más o menos la hagan presumible, y entonces, que el funcionario envíe la ley y las razones dadas al Tribunal de jurisdicción constitucional, o el particular, si a así lo manifestare expresamente, y en forma opcional. Naturalmente, el Tribunal podría declarar la inconstitucionalidad por motivos distintos de los alegados, tal como hoy está consagrada la acción de inconstitucionalidad en nuestro sistema. Y mientras no se resolviese sobre la exequibilidad de la ley, el juicio estaría suspendido. A esto no podría alegarse que sería demorar eternamente los juicios, pues en ellos pueden ventilarse múltiples incidentes, ya que así lo exige la correcta administración de justicia. Por qué entonces no admitir uno más, máxime si se tiene en cuenta que con ello se busca la salvaguardia de la Constitución? Además, como el Tribunal no tendría la cantidad de funciones que tiene la Corte Suprema de Justicia, sino muchísimas menos, sus fallos estarían sometidos a un corto término y a un procedimiento rápido.

Podrían darse algunas otras ideas respecto del funcionamiento de este Tribuna, mas ello sería entrar en reglamentaciones inútiles y extrañas a la intención de este estudio, que no fue otra que la de analizar una de las instituciones fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y el de someter al criterio de los estudios del derecho Público los conceptos expuestos.

NOTAS Y BIBLIOGRAFIA

- 1 — Ruiz Castillo.-Derecho Político, pág. 695.
- 2 — Ruiz Castillo.-Ibidem.
- 3 — Précis de Droit Constitutionnel.-Maurice Hauriou.-Deuxième édition.-pág. 261.
- 4 — De Constitución pueden darse, a modo de ejemplo, los siguientes conceptos: "Es una decisión política" (Schmitt). "Norma absolutamente invariable", "último principio unitario de la unidad política, "ley con dificultades para ser reformada"; "norma fundamental estructuradora de un Estado", etc . . .
- 5 — Droit Constitutionnel. Esmein.-Théorie des Constitutions écrites. pág. 586.
- 6 — León Duguit.-Manual de Derecho Constitucional.-Ed. Francisco Beltrán, 2ª, Madrid, págs. 521 y 522.
- 7 — Carl Schmitt - Teoría de la Constitución.
- 8 — Citados por Sarria.-Tratado de Derecho Administrativo, 2ª ed., pág. 12.
- 9 — Ver tratado de Derecho Administrativo de E. Sarria, 2ª ed. págs. 12 a 15.
- 10 — Pedro Gómez Naranjo.-La guarda de la Constitución.-Estudio leído en la Academia colombiana de jurisprudencia.
- 11 — Esmein - Opus citus.
- 12 — Hauriou.-Op. Cit.
- 13 — Kelsen.-Teoría del Derecho.
- 14 — Fischbach -Derecho Político.-Ediciones Labor, págs. 181 y ss.
- 15 — James A. Grant.-Estudio comparativo de los sistemas de control de la constitucionalidad de la ley.-págs. 32 - Tomo VIII, Revista de Jurisprudencia.
- 16 — Citado por Sarria, en la obra mencionada, pág. 48.
- 17 — Hauriou.-Op. Cit.
- 18 — Merino Brito.-La acción de inconstitucionalidad.
- 19 — Para una mejor comprensión de esta clasificación, ver el tratado de Eustorgio Sarria de Derecho Administrativo, págs. 42 a 45.
- 20 — Tascón.-Derecho Constitucional Colombiano - pág. 310- 2ª Ed.
- 21 — Tascón.-Ibidem.
- 22 — Moreno Jaramillo.-Curso de Introducción al Derecho.
- 23 — José Vicente Concha y Eustorgio Sarria, entre otros.
- 24 — Derecho Político.-Fischbach.

OTRAS OBRAS CONSULTADAS

- Laferrière.-Manuel de Droit Constitutionnel.
Kelsen.-La garantie juridictionnelle de la Constitution.
Rodríguez Piñeres.-Relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo.
Moreno Jaramillo-Ley de leyes.
Araújo Grau.-Jurisdicción constitucional.
Martínez Silva-Leyes inconstitucionales.
Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.
Posada Adolfo.-Derecho Político.
Laski H.-El Estado en la teoría y en la práctica.
López Michelsen.-Introducción al estudio de la Constitución.
Meyer.-El centro judicial de la constitucionalidad de las leyes.



- II -
JURISPRUDENCIA