

Primera parte

Doctrina y Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
enero-junio, 2024

EL IMPERIO EFECTIVO DE LA CONSTITUCIÓN

José Gregorio Hernández Galindo*
Académico correspondiente

Resumen: La Constitución Política es norma de normas. El principio de supremacía de la Constitución como expresión de la soberanía no puede ser puramente teórico. Debe ser efectivo; de lo contrario, el sistema de control de la constitucionalidad, tanto el que tiene lugar en sentido abstracto como en sentido concreto, fracasa, y la Constitución se debilita y pierde vigencia.

Palabras clave: Constitución; supremacía; eficacia; control; vigencia.

THE EFFECTIVE EMPIRE OF THE CONSTITUTION

Abstract: The Political Constitution is the Supreme Law. The principle of supremacy of the Constitution as an expression of sovereignty cannot be purely theoretical. It must be effective; otherwise, the Constitutionality Review System, both, in the abstract and in the concrete sense, fails, and the Constitution weakens and loses its validity.

Keywords: Constitution; supremacy; effectiveness; control; validity.

* Exmagistrado y catedrático universitario.
Contacto: jgh_asist@hotmail.com

“La Constitución no solo es una norma, sino, precisamente, la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*”

Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande

Introducción

Una constitución política, en cuanto ordenamiento superior y fundamental del Estado, goza de intangibilidad y tiene, por definición, el carácter de norma suprema. Es ley de leyes. No se trata de cualquier estatuto sino del básico, puesto en vigencia en virtud de una decisión política soberana que funda y define el orden jurídico estatal, a cuyos mandatos están sometidos gobernantes y gobernados. Los llamados a ejercer el poder público lo han recibido de la Constitución y, por tanto, únicamente pueden hacerlo en sus términos.

Como lo expresó la Corte Constitucional,

... no todas las normas jurídicas de un ordenamiento tienen la misma jerarquía. Existe entre ellas una estratificación, de suerte que las normas descendentes deben sujetarse en su fondo y en su forma a las normas superiores. La no conformidad de una norma con sus superiores jerárquicas la convierten en derecho positivo susceptible de ser retirado del ordenamiento, que tiene la virtud incluso de hacer desaparecer del mundo jurídico la norma así imperfectamente expedida mediante los controles pertinentes. La Constitución es la primera de las normas. Es por ello que cualquiera otra norma jurídica, así sea expedida por el operador jurídico más modesto de la República, debe sujetarse en primer lugar a la Constitución (Sentencia C-131 de 1993).

El postulado de suprallegalidad constitucional, en un Estado de Derecho, no es teórico ni puede ser ilusorio. Debe ser tangible, eficaz, cumplido, permanente. Mientras una ley, un decreto, una resolución o una providencia contraria a los mandatos constitucionales permanezca en vigor y deba ser acatada por los ciudadanos, las empresas o los funcionarios y órganos estatales, la supremacía y la vigencia misma de la Constitución se resquebrajan, pues el fenómeno que se configura en esa hipótesis no es otra cosa que la prevalencia –práctica y real– de una regla inferior sobre la norma suprema, lo cual es sencillamente inconcebible, por absurdo.

Lo expone así la Corte Constitucional en la Sentencia C-536 de 1998:

La Constitución, como estatuto supremo y necesario de la organización estatal, corresponde, ante todo, a un acto de carácter político, en cuanto se deriva del ejercicio soberano del poder del que es titular el pueblo, y, a partir de la decisión fundamental que su promulgación implica, se erige en la norma básica en la que se funda y sostiene todo el orden jurídico del Estado.

Como también lo reitera la Corte, el primer e inalienable derecho de todo ciudadano es el que tiene a la vigencia efectiva, cierta y segura del Estatuto Fundamental.

Así que la Constitución no puede ser frágil, débil ni manipulable. Sus valores, principios y reglas, que —se supone— responden al querer y al sentir del titular de la soberanía —el pueblo, en una democracia— están por encima de toda otra disposición dentro del sistema jurídico. Es el postulado que conocemos como supremacía o supra legalidad de la Constitución. Esencial garantía democrática, que el artículo 4º. de la Carta Política colombiana consagra en los siguientes términos:

Artículo 4º. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

La Constitución es la norma superior, a la cual están sometidas todas las que puedan expedir los órganos constituidos, cuya posibilidad de dictarlas proviene de las facultades que ella les ha otorgado.

Como hemos expresado en otros escritos, se trata de un principio que proviene de la distinta naturaleza y del diverso origen de la Constitución y de las demás normas que integran el sistema jurídico. El pueblo —titular del poder soberano—, obrando directamente o por conducto de sus representantes, estipula y pone en vigencia la Constitución que consagra los principios y reglas básicas de la organización estatal. En cambio, las ramas y órganos del poder público, sus funciones, atribuciones y facultades, así como sus límites y restricciones, dependen por completo de lo establecido por la Constitución. Ella los ha concebido, de manera que no gozan de

la misma jerarquía los preceptos establecidos por el Constituyente que los contenidos en leyes, decretos presidenciales, ordenanzas o acuerdos, actos todos ellos provenientes de órganos cuya existencia se debe a la Constitución.

Bien se sabe que la Constitución rige en virtud de una decisión política fundamental, adoptada por quien —en un momento histórico determinado— goza del poder suficiente para estructurar el Estado, según sus ideas, valores, objetivos y postulados, normalmente expuestos en el preámbulo de las constituciones escritas. La Constitución se funda en una cierta concepción sociopolítica y en un determinado enfoque axiológico para, de conformidad con ellas, establecer cuál es la estructura de la organización estatal y las bases del ordenamiento. Sobre esos soportes, estatuye lo pertinente a derechos y garantías y al ejercicio del poder, crea órganos y autoridades, señala y delimita sus funciones y competencias.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido muy clara en esta materia, ya que no se limita a destacar que las normas inferiores están sujetas a las superiores, sino que insiste en el carácter igualmente vinculante y prevalente de los valores y principios que la Constitución postula. La identidad y correspondencia de las cuales se trata no son meramente literales —entre textos— sino sustanciales y axiológicas. Además, todo el orden jurídico debe desarrollar las finalidades constitucionales en materia de derechos, libertades y garantías democráticas. Por eso es tan importante la parte dogmática de la Constitución.

La Corte, en ese aspecto, señala:

Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. (Sentencia C-479 de 1992) [...]

El concepto de supremacía normativa de la Carta Política es definitorio del Estado social y constitucional de Derecho. En virtud de la fuerza normativa de la Constitución, las autoridades no solo se hallan sometidas al derecho positivo presidido por la norma superior, en el ejercicio de sus competencias; también para la realización efectiva de los derechos subjetivos consagrados constitucionalmente, ante dichas autoridades pueden

los ciudadanos exigir la realización efectiva de los derechos constitucionales, algunos de los cuales son de “aplicación inmediata” –al tenor del artículo 85 constitucional–, merced, precisamente, a su fuerza normativa vinculante.

De este modo, la supremacía normativa de las normas constitucionales se erige en un principio clave para la concreción del catálogo de derechos fundamentales y la efectividad de los demás derechos consagrados en la Carta Fundamental. (Sentencia C-415 de 2012)

Así es, porque el conjunto de los mandatos constitucionales tiene como objeto y propósito primordial la realización de unos fines, el logro de unos cometidos institucionales y la realización de unos valores que justifican su existencia. Todo ello se debe reflejar en el conjunto de la normatividad en los distintos niveles jerárquicos de la normatividad estatal.

Para poder cumplir sus finalidades –que provienen de la voluntad soberana del pueblo–, la Constitución obliga, vincula, manda, ordena. Ni su preámbulo ni sus artículos contienen sugerencias, llamados o buenas intenciones. Son mandatos ineludibles, como lo ha sostenido la jurisprudencia, lo cual resulta obvio en cuanto la Carta Política es –y debe ser en la realidad– marco supremo, último y definitorio para determinar tanto la pertenencia de una cierta regla al orden jurídico como la validez de cualquier precepto o decisión proveniente de los órganos del poder público por ella instituidos.

No olvidemos que, respecto al preámbulo, la Corte Constitucional modificó la jurisprudencia que había sentado la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía el control de constitucionalidad, en el sentido de entender que en ese texto se plasmaba un “querer ser”, un buen deseo, una aspiración. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-479 de 1992, dejó en claro:

El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. [...] El Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.

La salvaguarda de la supremacía constitucional

No basta con enunciar o proclamar el principio de supremacía constitucional. Es necesario establecer mecanismos de salvaguarda que aseguren su efectividad. De ahí que las propias constituciones hayan previsto –con características diferentes, pero con la misma finalidad– la existencia de órganos y sistemas de control constitucional.

En el caso de Colombia, los artículos 40 y 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, dictado por la Asamblea Nacional, declararon la supremacía de la Constitución de 1886 y previeron la excepción y la acción pública de inconstitucionalidad:

El artículo 40 dispuso que, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarían de preferencia las disposiciones constitucionales. El 41 confió a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución y la facultó para decidir, con carácter definitivo, sobre la exequibilidad de los proyectos de ley –que denominaba “actos legislativos”– objetados como inconstitucionales por el Gobierno, y “sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.

La Constitución de 1991, mediante el artículo 4 –arriba transcrito– expresó de manera contundente el postulado de suprallegalidad constitucional y mantuvo la excepción de inconstitucionalidad como forma de control en casos específicos. Creó la Corte Constitucional, a la cual confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y, en el artículo 241 señaló los actos sobre los cuales tiene lugar el control abstracto de constitucionalidad a su cargo, sobre reformas constitucionales, leyes y decretos con fuerza material de ley, tanto a partir de las demandas que formulen los ciudadanos –en ejercicio de la acción pública– como en los eventos en que procede el control automático.

En nuestro sistema, entonces, la función de defensa judicial de la Constitución está concentrada en la Corte Constitucional, aunque en lo administrativo tiene competencia el Consejo de Estado. El artículo 237 lo faculta para resolver sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, cuando se trate de decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

Toda una estructura de control cuyo sentido consiste en asegurar la efectiva vigencia de la Constitución. Un sistema que –como lo explica la doctrina– es mixto, en cuanto combina un control concentrado que se radica en cabeza de la Corte Constitucional, y uno difuso, a cuyo amparo cualquier autoridad debe dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser incompatible con la Constitución.

La excepción de inconstitucionalidad da lugar a una modalidad de control concreto, circunscrito al caso específico, con efectos *inter partes*, al paso que la función confiada a la Corte Constitucional se traduce en un control abstracto, toda vez que sus decisiones recaen sobre la norma examinada, con efectos generales, *erga omnes*.

Se trata de una concepción integral que salvaguarda el imperio de la Carta Política, evitando –por distintas vías– que rijan leyes, actos o decisiones administrativas que contravengan los valores, principios y mandatos constitucionales. Llamo la atención sobre esto último, ya que –como lo explicaré más adelante– una modalidad de sentencias de la Corte Constitucional–las de inexecutable que contemplan efectos diferidos en el tiempo, hacia el futuro, transgreden precisamente el postulado de la supremacía constitucional y permiten la vigencia y obligatoriedad de normas que el mismo órgano defensor de la Constitución ha encontrado inconstitucionales.

La excepción de inconstitucionalidad. Aplicación prevalente de la Constitución. Inaplicación de la norma incompatible con ella

Con base en el aludido principio, el ya citado artículo 4 de la Constitución declara que la Constitución es norma de normas y prevé la excepción de inconstitucionalidad, y dispone de manera perentoria e inexcusable –suprimiendo las expresiones “de preferencia”, que usaba la Constitución anterior– que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

La supresión de las mencionadas expresiones es muy importante, en cuanto reafirma el mandato de inaplicar la norma incompatible con la Constitución. No se trata de preferir o escoger entre una y otra norma. Es una obligación inaplicar la disposición que choca con las normas superiores, hasta el punto de resultar incompatible con ellas.

La excepción de inconstitucionalidad no recae, con efectos generales, sobre la norma de la cual se trata, para invalidarla o retirarla del sistema jurídico. Ese no es su propósito, toda vez que quien resuelve no es el tribunal constitucional –cuyas sentencias tienen efecto *erga omnes*– sino cualquier funcionario ante quien se invoque o presente la norma o acto en tela de juicio con la pretensión de su cumplimiento, o el ciudadano que se encuentre ante la disyuntiva en referencia. Se trata de una excepción porque la regla general es el deber de cumplir las leyes y los actos administrativos: se excepciona en el caso específico –previa comparación de las normas en controversia y ante su incompatibilidad– en el sentido de aplicar los preceptos constitucionales, inaplicando en ese caso la disposición que con ellos colide, sin que la medida tenga efectos más allá del caso concreto.

Durante la vigencia de la Constitución de 1886, modificada por el Acto Legislativo 3 de 1910, se entendió que la excepción de inconstitucionalidad solamente la podían aplicar las autoridades judiciales. Hoy, en cambio, es claro que, si el precepto hoy vigente habla de “todo caso de incompatibilidad”, cualquier autoridad –aunque no sea judicial– e inclusive una persona particular que se encuentre ante el dilema de aplicar o no –en su caso– una norma ostensiblemente contraria a la Constitución puede y debe invocar y hacer efectiva la excepción de inconstitucionalidad.

Al respecto, la Corte Constitucional ha subrayado:

El control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. (Sentencia C-122 de 2011)

Desde luego, no basta una simple duda sobre la posible disconformidad entre una norma y la Constitución para proceder a la inaplicación de aquella con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad. Debe configurarse una verdadera y ostensible *incompatibilidad* entre uno y otro precepto en el caso concreto.

Como lo puso de presente la Sentencia T-614 de 1992 de la Corte Constitucional,

... son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe

ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe. Si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos “*erga omnes*” el juez de constitucionalidad. Una cosa es la norma –para cuyo anodamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente– y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse –apenas en ese asunto– si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales.

Dos normas son incompatibles cuando, a simple vista, se observa que, al cumplir una de ellas, se hace imposible cumplir la otra. Si una ley dispusiera aplicar la pena de muerte como sanción para cierto delito, sería incompatible con el artículo 11 de la Constitución, que la prohíbe con carácter absoluto. O una disposición legal que dispusiera la censura oficial contra los medios de comunicación sería incompatible con la prohibición, también absoluta, del artículo 20 de la Carta, a cuyo tenor “no habrá censura”. O una ley que discriminara a las personas por su color de piel o por su origen racial sería incompatible con los artículos 5 y 13 de la Constitución que reconocen los derechos de todas las personas, sin discriminación alguna. Debe tener lugar, en el caso respectivo, la inaplicación de esas disposiciones y la aplicación prevalente de los mandatos constitucionales, sin perjuicio de formular la correspondiente demanda de inconstitucionalidad, con miras al control abstracto, para que esas disposiciones sean expulsadas del ordenamiento jurídico, con efectos *erga omnes*.

A la inversa, si una ley dispone algo que es compatible con las normas constitucionales, aunque alguien tenga la opinión contraria –para la cual debe acudir a complejas argumentaciones e hipótesis–, no cabe la excepción de inconstitucionalidad. Desde luego, quien considere que existe una vulneración de los preceptos superiores tiene la vía expedita que ofrece la acción pública de inconstitucionalidad, para que la Corte Constitucional defina la controversia.

Lo explica la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia C-122 de 2011:

... se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son *inter partes*, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no. Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no eliminan la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto.

Ahora bien, una norma legal que haya sido declarada exequible por la Corte Constitucional no puede ser inaplicada alegando incompatibilidad con la Constitución, toda vez que la posible contradicción ya fue excluida por la corporación encargada de salvaguardar la supremacía de la Carta, con efectos de cosa juzgada. Obviamente, mientras permanezcan vigentes las disposiciones constitucionales con las cuales la Corte hizo la confrontación, porque, si fueron modificadas con posterioridad al fallo, cabe la comparación con los nuevos textos constitucionales.

Otro punto que debe ser tenido en cuenta es el relativo a la obediencia que deben los militares a las órdenes de sus superiores. Según la regla general señalada en el artículo 91 de la Constitución, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Pero la misma disposición, para asegurar que no se quiebre la disciplina en el interior de los cuerpos armados del Estado, estipula: “Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”.

Se trata de la obediencia debida al superior, pues, en cuanto la fuerza pública no es deliberante y debe mantenerse el orden jerárquico –mediante

la obediencia debida—, el inferior únicamente debe cumplir lo ordenado. Si afecta a alguien, quien responde es el superior que impartió la orden.

Pero la obediencia debida no equivale a obediencia ciega. Hay órdenes que no se pueden impartir y no se pueden obedecer, ni siquiera por los inferiores militares, si su cumplimiento es abiertamente incompatible con la Constitución. Así, la orden de asesinar a una persona en condiciones de indefensión, a sangre fría, o la de torturar a un prisionero, o la de ejercer violencia sexual, son órdenes completamente ajenas al servicio y a la disciplina militar, e indudablemente contrarias a la Constitución, motivo por el cual, sobre ellas —si son impartidas— prevalece la Constitución, y deben ser desobedecidas. Véase que, ante la Jurisdicción Especial de Paz (JEP) varios superiores reconocieron haber impartido órdenes manifiestamente contrarias a la Constitución, a la dignidad y a la vida humana y a otros derechos fundamentales, en el caso de los mal llamados “falsos positivos” —verdaderos crímenes de lesa humanidad—. Los subalternos que las cumplieron no han debido cumplirlas y también son responsables, como la ha entendido esa Jurisdicción.

La Corte Constitucional lo dejó claro en la Sentencia T-409 de 1992:

... independientemente de la pura consecuencia jurídica derivada del artículo 91 de la Carta en torno a establecer sobre quién recae la responsabilidad en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona —asunto claramente definido por la norma cuando, respecto de los militares en servicio, libera de ella al inferior y la proyecta hacia el superior que da la orden— la disposición del artículo 18, que no admite excepciones, favorece la libertad de conciencia del subordinado y se constituye en límite a la discrecionalidad de quien manda, la cual no es absoluta, conciliando así el sano criterio de la disciplina inherente a los cuerpos armados con la real aplicación de los derechos.

Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución.

Ahora bien, todo servidor público —con mayor razón aquellos que ejercen altos cargos— tiene la obligación de respetar y cumplir los mandatos

constitucionales y de velar porque la Constitución se aplique. De suerte que, en ejercicio de sus funciones y hasta donde ellas lo permitan, deben oponerse a la expedición de normas ostensiblemente inconstitucionales. Veamos:

Según el texto actual del artículo 108 de la Constitución, modificado mediante Acto Legislativo 1 de 2009, los miembros de las corporaciones públicas elegidos por un mismo partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos actuarán en esas corporaciones como bancada, “en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas”.

Lo propio señala el artículo 2 de la Ley 974 de 2005, conocida como Ley de bancadas: “Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente y emplearán mecanismos democráticos para tomar sus decisiones al interior de las corporaciones públicas en todos los temas que los Estatutos del respectivo Partido o Movimiento Político no establezcan como de conciencia”.

Así que los congresistas tienen que asumir posiciones y votar, dentro de la corporación a la que pertenecen, como corresponde a la respectiva bancada, ajustándose a “decisiones adoptadas democráticamente por estas” (las corporaciones).

En otros términos, una vez adoptadas –democráticamente– esas decisiones, deben ser acatadas por todos los miembros de la respectiva bancada, a menos que se trate de lo que la Constitución denomina “asuntos de conciencia”. Teniendo en cuenta que, según las normas vigentes, los partidos y movimientos pueden imponer sanciones por desacato, según el régimen disciplinario que establezcan sus estatutos internos. De conformidad con lo estatuido, tales sanciones se fijarán gradualmente y pueden llegar hasta la expulsión o la pérdida del derecho de voto por el resto del período para el cual fue elegido el sancionado. La Ley 974/05 estipula que, contra la decisión sancionatoria procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo, que se surtirá dentro del mismo partido, ante la instancia que prevean los estatutos.

Cabe preguntar: ¿cuáles son esos asuntos de conciencia que permiten al elegido apartarse de una directriz de bancada? De conformidad con

lo que venimos exponiendo, debemos apuntar que tales asuntos no son únicamente los propios de la libertad de conciencia (artículo 18 de la Constitución), que se derivan de convicciones religiosas o morales, en que un congresista no puede ser obligado a votar o a defender aquello que su conciencia rechaza. Depende de los estatutos de los partidos y movimientos, pero su espectro es más amplio. Sobre el punto, ha afirmado la Corte Constitucional (Sentencia C-859/06):

Cuando la Carta se refiere a los “asuntos de conciencia” no se está limitando exclusivamente a las cuestiones que pueden dar lugar a la objeción de conciencia de que trata el artículo 18 de la Carta. Compete a cada partido o movimiento, en virtud de su autonomía, definir los asuntos de conciencia que queden eximidos del régimen de bancadas. En este sentido, la reforma se sitúa en un punto intermedio entre el régimen liberal clásico de representación individual y el sistema fuerte de partidos que no da espacio a la acción individual de la persona que ha sido popularmente elegida para pertenecer a una de las corporaciones públicas.

Es obvio, entonces, que un congresista tampoco podría ser obligado por su partido a votar favorablemente una ley incompatible con las disposiciones constitucionales. De conformidad con el principio de supremacía de la Carta Política, en tal evento, su obligación –por encima de la disciplina de partido y bancada– consistiría en votar contra la iniciativa inconstitucional.

Situación similar es la que se puede presentar si al presidente de la República le es remitido, para su sanción y promulgación, un proyecto de ley aprobado en el Congreso cuyo contenido o trámite sea contrario, de manera manifiesta, a la Constitución. En tal evento, no está obligado a consumir la vulneración, ya que goza de la facultad de formular objeciones, tanto por inconveniencia como por motivos de inconstitucionalidad. En esta última hipótesis, la objeción abre paso al ejercicio del control a cargo de la Corte Constitucional. Si la norma aprobada es abiertamente incompatible con la Constitución, el presidente no solamente puede, sino que debe objetar.

Esa misma actitud debe ser asumida por los jueces y magistrados, los fiscales, los órganos de control, los cuerpos colegiados, los gobernadores y alcaldes, toda vez que se encuentren llamados a cumplir o aplicar normas o actos contrapuestos a la Carta Política. Reiteremos que, para el efecto, es indispensable que exista, a todas luces, una oposición en grado de objetiva y clara incompatibilidad.

El papel de la Corte Constitucional. Control concentrado. Efectos *erga omnes*

La existencia y función de los tribunales constitucionales tiene por finalidad preservar la vigencia efectiva y cierta, el imperio de la Constitución Política como base y fundamento del orden jurídico estatal; como garantía de los derechos y libertades, y como restricción al ejercicio del poder para evitar abusos y asegurar el equilibrio entre las ramas y órganos estatales.

Por eso, el control de constitucionalidad no debe ser flexible o permisivo porque, al debilitar su propia función, debilita la fuerza y la vigencia de la Constitución y facilita que sus principios y mandatos sean eludidos. Además, porque las sentencias débiles, que han dejado pasar (sin control) modalidades normativas de violación constitucional, además de resquebrajar el sistema, va sentando precedentes que luego facilitan nuevas formas de vulneración de la Carta Política, convirtiendo el estatuto constitucional en norma inane y “manoseable”.

En Colombia, a partir de 1991, la Corte Constitucional tiene a cargo, ni más ni menos, la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, como dice el texto del artículo 241 de la Carta Política.

De conformidad con lo previsto en esa norma, la Corte está llamada a decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que, en ejercicio de la acción pública, presente ante ella cualquier ciudadano, contra actos reformativos de la Constitución, contra las leyes –tanto por su contenido material como por vicios de forma en el proceso de su aprobación–, contra decretos con fuerza de ley expedidos por el presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso (artículo 150, numeral 10, de la Constitución) y contra decretos con fuerza de ley expedidos por el presidente de la República cuando el Congreso haya perdido competencia por vencimiento del término del que disponía para pronunciarse, fenómeno que los doctrinantes denominan “legislación por prescripción” (artículo 341 de la Constitución).

Igualmente, como hemos expresado, corresponde a la Corte Constitucional la decisión definitiva cuando el presidente de la República se abstenga de sancionar una ley y formule objeciones por motivos de inconstitucionalidad.

Pero la Corte tiene también a su cargo el conocimiento automático –de oficio– sobre la constitucionalidad de los siguientes actos:

- 1.- Debe decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación.
- 2.- Le compete decidir acerca de la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
- 3.- Es la Corte Constitucional el tribunal competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución, es decir, en los casos en que el presidente de la República y sus ministros hayan declarado cualquiera de los estados de excepción –Estado de Guerra Exterior, Estado de Conmoción Interior, Estado de Emergencia, bien sea en el campo económico, social o ecológico o por causa de una calamidad pública–. Para tal efecto, como lo disponen los artículos en referencia, el Gobierno debe remitir a la Corte, al día siguiente al de su expedición, tanto el decreto declaratorio del respectivo estado excepcional como los que dicte en su desarrollo y los que lo levanten o prorroguen. De lo contrario, la Corte Constitucional debe asumir, de oficio y en forma automática, su conocimiento.

El imperio de la Constitución debe ser pleno, permanente y real; la fragilidad y la inestabilidad de la Constitución hacen que pierda vigencia

Para que el imperio de la Constitución se mantenga, es necesario asegurar que, en efecto, sus valores, principios y normas operen y se cumplan a plenitud y de manera permanente, es decir, sin interrupciones. Que la supremacía constitucional no sea puramente teórica sino real y efectiva. De lo contrario, como hemos dicho, la Constitución se debilita, se torna frágil y va perdiendo vigencia.

Hay varias razones por las cuales se debilita la supremacía de la Constitución. Una de ellas radica en el uso abusivo del poder de reforma confiado a órganos constituidos –como el Congreso–, ya que en la medida en que las modificaciones sean muy frecuentes, improvisadas y de gran facilidad, se genera inestabilidad e inseguridad, en especial si se tocan los fundamentos esenciales o axiales de la Constitución.

Es preciso distinguir entre el Poder Constituyente, del cual es titular el pueblo –en ejercicio de la soberanía– y el poder de reforma, que no es sino una competencia. Los órganos constituidos autorizados por la Constitución para su reforma tienen límites formales o de trámite que ella misma señala y, aunque no establezca cláusulas pétreas, los ejes centrales de la Constitución deben ser respetados por esos órganos.

En la Sentencia C-551 de 2003 la Corte Constitucional sostuvo, con razón, que el llamado Constituyente derivado o secundario –que es apenas un poder delimitado y restringido, dotado de competencia para revisar, sin cambiar o sustituir los elementos esenciales– no goza de la atribución suficiente “para destruir la Constitución”. Dice la Corte:

El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia.

[Agrega]: Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad.

Pero, infortunadamente, la contundencia del mencionado no se ha mantenido en otras sentencias de la Corte Constitucional, y es así como han sido declaradas exequibles reformas como la introducida mediante Acto

Legislativo 3 de 2011, que estableció el principio de sostenibilidad fiscal, aplazando indefinidamente la vigencia del Estado social de Derecho –un elemento de la esencia de la Carta Política de 1991– (Sentencia C-288 de 2012) y la del Acto Legislativo 01 de 2016, que, con miras a la implementación del Acuerdo Final de Paz con las Farc-EP, simplificó los requisitos y trámites plasmados en el artículo 375 para la aprobación de las reformas constitucionales por parte del Congreso (Sentencia C-699 de 2016).

Por otra parte, en cuanto al poder de reforma, a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1991, la tendencia del Congreso ha consistido en reformar sus mandatos de manera casi mecánica y fácil, por razones puramente coyunturales o de momentánea conveniencia partidista, más que por la verdadera trascendencia, urgencia o necesidad de los ajustes, sin mayores esfuerzos por preservar la integridad, coherencia y estabilidad del Estatuto Fundamental. Al momento de escribir estas líneas, ya se cuentan sesenta reformas constitucionales.

Se ha generado, en consecuencia, una gran inestabilidad y en muchos casos ha conducido a contradicciones y equívocos que han hecho indispensables nuevas precisiones y modificaciones. Además, varias reformas no se requerían. A título de ejemplo, podemos citar, la contenida en el Acto Legislativo 1/02, por la cual se permitió que alguien no nacido en Colombia, hijo de padre o madre naturales o nacionales colombianos, pueda adquirir la nacionalidad por nacimiento sin siquiera visitarnos, pues basta que se registre en una oficina consular de la República en el exterior. O la del Acto Legislativo 2/04 –por la cual se consagró la reelección del presidente en ejercicio, pese a la desigualdad que se generaba frente a otros candidatos–, cuya derogación se aprobó mediante Acto Legislativo 2/15, a propuesta de un gobierno reelegido.

Naturalmente, no podemos predicar la absoluta rigidez o petrificación de la Carta Política, mientras quien ejerce el poder de reforma no sustituya sus valores y postulados fundamentales. Es normal que una constitución requiera ajustes. Una constitución irreformable puede ser revaluada y superada por los cambios y la evolución de los acontecimientos, en materia política, económica, social, científica, ecológica y hasta tecnológica. Pero una reforma constitucional, introducida por órganos constituidos, no puede ser algo improvisado según la coyuntura. Debe requerirse, en el alto nivel que corresponde al ordenamiento fundamental del Estado; estar plenamente justificada.

La Constitución debe ser estable. Su texto no puede ir cambiando, al vaivén de los intereses políticos, acomodándose al liderazgo transitorio de un gobierno o de un partido político. No se trata de reformar por reformar, porque eso debilita la Constitución.

El ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, un derecho inalienable

De acuerdo con el preámbulo de la Constitución, reiterado en los artículos 1 y 2, Colombia es una democracia participativa. Su artículo 40 declara que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y que, para hacerlo efectivo, se le garantiza que puedan interponer acciones en defensa de la Constitución y de la ley.

La más importante de las acciones públicas es la de inconstitucionalidad, introducida en nuestro sistema jurídico desde el Acto Legislativo 3 de 1910, según el cual los ciudadanos podían acudir –mediante demanda contra las leyes– a la Corte Suprema de Justicia, a la cual confió la función de guardar la integridad de la Constitución de 1886. La Carta Política de 1991 creó la Corte Constitucional, le confió la guarda de su integridad y supremacía, y especificó, en su artículo 241, los actos contra los cuales pueden los ciudadanos formular demanda de inconstitucionalidad: los actos reformativos de la Constitución, las leyes y los decretos con fuerza de ley dictados en ejercicio de facultades extraordinarias o en virtud de la denominada legislación por prescripción. También contempla la Constitución –como un derecho de los ciudadanos– su participación en los procesos de constitucionalidad, para impugnar o coadyuvar las demandas, y para asumir posición –en contra o a favor– respecto a las normas objeto de la revisión oficiosa a cargo de la Corte.

La posibilidad real y efectiva de presentar demandas de inconstitucionalidad, así como la de tomar parte en los procesos, corresponden a derechos políticos reconocidos de manera expresa en la Constitución. No son derechos de toda persona, sino de nacionales colombianos –por nacimiento o por adopción– que hayan llegado a la edad prevista para adquirir la ciudadanía, que, mientras la ley no disponga otra cosa, es la de dieciocho años (artículo 108 de la Constitución). Están excluidos quienes hayan perdido la ciudadanía

por haber renunciado a la nacionalidad colombiana y aquellos que, por decisión judicial, hayan sido suspendidos en el ejercicio de la ciudadanía.

Para ejercer la acción pública, mediante la presentación de una demanda de inconstitucionalidad, el ciudadano debe cumplir unos requisitos mínimos, informales, que establece la ley; actualmente el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, expedido por el presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias concedidas por la propia Constitución Política.

Según esa norma, “las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán:

1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas.
2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas.
3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados.
4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.
5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

En la Sentencia C-131 de 1993 advirtió la Corte Constitucional, en relación con el incumplimiento de cualquiera de esos requisitos legales:

El procedimiento constitucional establece que las demandas incorrectamente presentadas serán inadmitidas, siendo obligación del magistrado sustanciador, en ejercicio de la dirección y control del proceso señalarle claramente al actor el trámite correcto y las enmiendas que es necesario introducir, antes de rechazar dicha demanda. Tal previsión permite que el actor corrija su demanda y el proceso constitucional se desenvuelva normalmente. Luego, en todo momento, queda salvaguardado el derecho político del ciudadano demandante.

La Corte como tribunal al que se ha encomendado la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución debe asumir el conocimiento de la demanda –si cumple los indicados requisitos–, tramitar el proceso y dictar sentencia, salvo que carezca de competencia respecto a la normatividad acusada, evento en el cual se declarará inhibida para resolver, o que ya exista

decisión que configure cosa juzgada constitucional absoluta, lo que llevará a que la Sala Plena ordene estarse a lo resuelto.

Salvo en esos eventos excepcionales, si la demanda cumple los requisitos señalados en la Constitución y la ley, la Corte Constitucional debe reconocer y respetar el derecho político del ciudadano actor y decidir si la normatividad acusada se aviene o no a la Constitución. Puede fallar, pura y simplemente, declarando la exequibilidad o inexecutable –total o parcial–, o puede condicionar la exequibilidad. Pero la Corte no debería exigir al ciudadano demandante requisitos no contemplados en la Constitución o en la ley, porque, si lo hace, vulnera el derecho que la Constitución ha conferido a todo ciudadano.

No obstante, en los últimos años la Corte Constitucional ha añadido requisitos no previstos en normas –ni de la Constitución ni de la ley– para admitir las demandas y para fallar. Los denomina “requisitos de procedibilidad” –que no deberían ser exigidos a ningún ciudadano– y ha convertido el proceso de control de constitucionalidad en una casación.

Tales requisitos –que, se repite, no están exigidos en norma alguna– son explicados así por la Corte Constitucional:

Las razones en que sustenta la demanda deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. 1) La claridad de la demanda se predica de aquella que tiene una coherencia argumentativa tal que le permita a la Corte identificar con nitidez el contenido de la censura y su justificación. Aunque debido al carácter público de la acción de inconstitucionalidad no resulta exigible la adopción de una técnica específica, como sí sucede en otros procedimientos judiciales, no por ello el demandante se encuentra relevado de presentar las razones que sustentan los cargos propuestos de forma coherente y comprensible. 2) La certeza de las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad, tiene que ver con que los cargos se dirijan contra una proposición normativa “real y existente”. Esto es, que esté efectivamente contenida en la disposición acusada y no sea inferida por el demandante, implícita o construida a partir de normas que no fueron objeto de demanda. La certeza exige que la norma que se acusa tenga un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto. 3) El requisito de especificidad hace referencia a que la demanda contenga al menos un cargo concreto contra las normas demandadas. En este orden de ideas, se oponen a la especificidad los argumentos “vagos,

indeterminados, indirectos, abstractos y globales’ que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan”. Los argumentos expuestos por el demandante deben establecer una oposición objetiva entre el contenido del texto que se acusa y las disposiciones de la Constitución Política. 4) La pertinencia de los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad está relacionada con que el reproche formulado por el peticionario sea de naturaleza constitucional, y no fundado solamente en consideraciones legales y doctrinarias. Por ello, son impertinentes los cargos que se sustenten en la interpretación subjetiva de las normas acusadas a partir de su aplicación en un problema particular y concreto, o en el análisis sobre la conveniencia de las disposiciones consideradas inconstitucionales, entre otras. 5) Por último, la suficiencia se predica de las razones que guardan relación, por una parte, “con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche” y, por otra parte, con el alcance persuasivo de los argumentos de la demanda... (Sentencia C-243 de 2012)

Como se aprecia, los requisitos agregados por la Corte Constitucional – que se han traducido en innumerables autos de inadmisión y rechazo de demandas y en sentencias inhibitorias, que alegan su ineptitud sustancial– desalientan al ciudadano del común –e inclusive a abogados–, pues, dada la ambigüedad de las providencias correspondientes –muy lejanas de la precisión que sí se observa en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991–, se prestan para que el necesario examen de las demandas presentadas tenga lugar según el capricho y la subjetiva apreciación del magistrado sustanciador o –peor todavía– de sus empleados auxiliares. Por ejemplo, si el funcionario –al efectuar un estudio superficial– no entiende un argumento del actor, concluye –sin pensarlo dos veces– que el libelo no es claro, o que no es pertinente o no es suficiente para ser admitido.

La acción pública de inconstitucionalidad no equivale a un recurso extraordinario, como la casación o la revisión, pues, en cuanto el titular del derecho es el ciudadano –no un abogado especialista ni un erudito, ni un maestro en Derecho Público–, no le son exigibles encumbrados requisitos argumentativos que sean “suficientes” para demostrar la inconstitucionalidad. Ellos corresponden a los magistrados de la Sala Plena de la Corte Constitucional, bien para aceptar o para negar, en la sentencia respectiva, la validez de lo expuesto en la demanda. No es el

ciudadano demandante el llamado a elaborar la sentencia. Simplemente, en ejercicio de su derecho político –cumpliendo los requisitos exigidos en la ley–, acude a la Corte Constitucional, directamente –sin necesidad de un abogado–, para poner en su conocimiento que una norma puede ser contraria a la Constitución, y la Corte –guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución– goza de competencia para verificar si ello es así –como lo dice el ciudadano– o si no lo es.

En tal sentido, el ciudadano lo que hace es contribuir, en sus términos y en su lenguaje, a que la máxima autoridad jurisdiccional en la materia examine su petición y resguarde el imperio de la Constitución.

Así que, con la actual tendencia y las aludidas exigencias –agregadas, sin fundamento, a las normas vigentes–, la Corte Constitucional desconoce qué tan ciudadano es el obrero, el contador, el ama de casa, el agricultor, el médico o el ingeniero, como el gran jurista, especializado en Derecho Constitucional, que puede exponer, con pertinencia, suficiencia y precisión jurídica, “todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche [...], con el alcance persuasivo de los argumentos de la demanda”. Al exigir a todo ciudadano ese nivel de preparación y argumentación, más allá de los sencillos requisitos previstos es las normas, la Corte discrimina entre los ciudadanos, en perjuicio de los más sencillos, y les desconoce su derecho de acceso a la administración de justicia, con miras a la preservación del interés general –nada menos que el de la supremacía de la Constitución–.

¿Cómo repercute eso en la vigencia efectiva y en la función de guardar la supremacía de la Constitución?

Es evidente: puesto que la inadmisión y posterior rechazo de las demandas por el no cumplimiento de esas exigencias impide que prosiga el proceso de control, la jurisprudencia que criticamos se refleja en la imposibilidad de que la Sala Plena de la Corte Constitucional entre en el estudio y en el debate y los razonamientos de sus magistrados sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas acusadas, las cuales –por tanto– siguen rigiendo y obligando, aunque sean totalmente contrarias a la Carta Política. Se frustra el control de constitucionalidad, al que debería poder

contribuir el ciudadano y, de paso, el derecho político de este –garantizado en la Constitución– resulta vulnerado.

Hace unos años, ante las críticas de la doctrina, una magistrada de la Corte Constitucional respondió: “La Corte no se puede convertir en un tribunal de oficio”. Al respecto, solamente cabe decir que, ello no sería un desdoro, un menoscabo ni un descenso en el nivel jerárquico de la Corporación. Pero, por otro lado, la misma Constitución prevé funciones de la Corte Constitucional como tribunal de oficio, mediante el control automático de decretos legislativos, convocatoria a referendo, convocatoria a asamblea constituyente o, en el caso de objeciones presidenciales, a proyectos de ley por motivos de inconstitucionalidad. Ello no menoscaba, sino que enaltece y da importancia a la función de la Corte.

Las sentencias de inexecutable con efectos diferidos

Otra modalidad de control que viene aplicando la Corte Constitucional –que se refleja en la debilidad del control a su cargo y en la pérdida de la supremacía de la Constitución– consiste prorrogar la vigencia de normas que ha encontrado inconstitucionales. Con tales fallos que, pese a declarar que unas normas son inexecutable, permiten que sigan rigiendo temporalmente –no por días, sino por meses y hasta por años–, la corporación que debería guardar la supremacía de la Constitución otorga permiso –en el mismo fallo– para que continúe la vigencia y obligatoriedad de disposiciones que la vulneran. Se trata, entonces, de una resolución judicial contradictoria, según la cual la disposición inconstitucional no es expulsada de modo inmediato del ordenamiento jurídico –como correspondería al dictamen que hace tránsito a cosa juzgada constitucional–, sino que sigue en vigor y sigue obligando por encima de la Constitución y contra ella. Un paréntesis temporal en la vigencia e imperio de la Constitución.

Entre otros casos, a título de ejemplo, encontramos el de la Sentencia C-047 de 2021, mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable “con efectos diferidos a dos legislaturas completas, contadas a partir del 20 de julio de 2021, la Ley 1951 del 24 de enero de 2019, ‘por medio de la cual se crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación y se dictan otras

disposiciones””, y los artículos 125 y 126 de la Ley 1955 de 2019, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, ‘Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad’”.

El caso más reciente: la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-383 de 2023, declaró contrario a la Constitución el Decreto Legislativo 1085 de 2 de julio de 2023, por medio del cual el Gobierno declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el Departamento de La Guajira, por el término de 30 días.

Entre otros motivos, para asumir atribuciones legislativas extraordinarias, el Gobierno señalaba la existencia de una crisis humanitaria, a raíz de carencia y mala calidad del agua en ese departamento. Expresaba que se requerían

medidas legislativas que permitieran disponer de fuentes de recursos, capacidad y cupos presupuestales de corto y mediano plazo, provenientes del Presupuesto General de la Nación (PGN), Sistema General del Regalías (SGR) y el Sistema General de Participaciones (SGP), y facultades para modificaciones presupuestales con el fin de priorizar la estructuración e implementación de intervención en infraestructura y esquemas de gestión de agua y saneamiento básico, en el departamento de La Guajira, incluido el fortalecimiento del PDA, de manera que se aumenten las asignaciones destinadas a agua y saneamiento básico.

No es el caso de analizar aquí la validez de los argumentos gubernamentales, ni las razones por las cuales se declaró la inconstitucionalidad. Basta decir que, reiterando su jurisprudencia, la Corte consideró que el aludido estado excepcional cabe ante la irrupción de hechos sobrevinientes que reclaman medidas inmediatas y urgentes, no frente a males endémicos, cuya atención reclama políticas y normas ordinarias.

Hasta allí, lo que se tiene no es nada distinto de la preservación del principio constitucional que preserva el carácter extraordinario de los estados de excepción. Lo que sigue, en cambio, resulta contradictorio. En primer lugar, la parte resolutive de la Sentencia dijo declarar inexecutable el Decreto Legislativo 1085 de 2 de julio de 2023, mediante el cual el Gobierno declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira. Pero, en el segundo punto de esa parte resolutive, la Corte dispuso: “Conceder EFECTOS DIFERIDOS a esta

decisión por el término de un (1) año, contados a partir de la expedición del Decreto 1085 de 2 de julio de 2023, respecto de la amenaza de agravamiento de la crisis humanitaria por la menor disponibilidad de agua”. Eso significa que, en la materia, el Ejecutivo –ya despojado de las facultades de excepción– quedó con facultades para seguir dictando decretos legislativos por un año más.

Se supone que la inconstitucionalidad del decreto declaratorio de un estado excepcional –a partir del cual el presidente de la República y sus ministros asumen la facultad de expedir decretos legislativos– implica, por lógica consecuencia, la caída de todos los decretos que se dicten en su desarrollo, y –sobre todo– la pérdida total de las atribuciones excepcionales del Ejecutivo, porque, con la declaración de inexecutable, desaparece la base misma en que se funda el Gobierno para legislar extraordinariamente con miras a la atención de la emergencia invocada.

La sentencia es doblemente contradictoria:

- Declara inexecutable, en su totalidad, el decreto que permitía al Gobierno dictar decretos con fuerza de ley respecto a las causas invocadas –entre ellas, la relativa al agua–, pero, incomprensiblemente, extiende por un año las atribuciones que la misma Corte estima contrarias a la Constitución.
- Mientras, según el artículo 215 de la Constitución, el Gobierno tenía treinta días iniciales (con un máximo de noventa días en el año) para legislar, la Corte Constitucional le amplió la facultad legislativa hasta por un año.

Es evidente que, además de la contradicción, este tipo de sentencias conduce a la supervivencia de normas contrarias a las disposiciones constitucionales. Durante el tiempo de la autorización otorgada por la Corte, las normas inconstitucionales rigen, deben ser cumplidas y, por tanto, prevalecen sobre la Constitución.

Un caso reciente: la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley 2281 de 2023, mediante la cual fue creado el Ministerio de Igualdad y Equidad, por haber encontrado un vicio de procedimiento –en su criterio, insubsanable– consistente en no haber sido considerado el impacto fiscal de la norma. Pero también resolvió postergar los efectos de su decisión de inconstitucionalidad

por espacio de dos legislaturas, es decir, hasta junio de 2026, mientras el Gobierno y el Congreso subsanan el vicio “insubsanable”.

Ello muestra una tendencia jurisprudencial que debilita en grado sumo el control de constitucionalidad. Es contradictoria y, en mi concepto, lesiona a la supremacía de la Constitución, en cuanto permite que la normatividad inconstitucional siga rigiendo por meses y hasta por años. Se profiere un fallo destinado rescatar la supremacía constitucional, pero, simultáneamente, se impone la obligada vigencia de preceptos o estatutos inconstitucionales, por encima de la Constitución.

El artículo 241 de la Constitución confió a la Corte Constitucional la guarda de su integridad y supremacía. Si se supone que la Sala Plena compara los contenidos de una ley o los procedimientos aplicados para su aprobación con las normas superiores, cuando establece que estas han sido vulneradas, no tiene otro remedio que declarar que los preceptos demandados o revisados deben salir del ordenamiento jurídico porque son incompatibles con la Constitución.

La declaración de inexecutable debe llevar, de inmediato, a la no ejecución de la norma inexecutable. No puede obligar al Estado ni a la sociedad una disposición declarada inexecutable por la autoridad competente –la Corte–, habida cuenta de su inconstitucionalidad.

No ocurre lo mismo con los fallos en que la Corte Constitucional dispone los efectos retroactivos de su decisión. Por el contrario, mediante esa modalidad de control se resguarda en mejor forma la supremacía de la Constitución, en especial ante normas que, pese a su ostensible inconstitucionalidad, alcanzaron a regir y a generar efectos contra los derechos y las garantías fundamentales, pero que pueden ser revertidos, restableciendo así la vigencia de las normas fundamentales.

Intangibilidad de la cosa juzgada constitucional

La supremacía de la Constitución también se garantiza mediante el respeto al postulado de la cosa juzgada constitucional. Implica el reconocimiento a la autoridad y buen juicio de la corporación encargada de salvaguardar la integridad y supremacía constitucional.

La Corte define si una determinada norma o conjunto de normas es ejecutable —es decir, ejecutable— por avenirse a la Constitución, o si no lo es, o si lo es únicamente en determinado sentido e interpretación. Si la institución de la cosa juzgada es necesario en todas las ramas del Derecho, para que la justicia se realice y consolide, para que las controversias, los reclamos y los procesos lleguen a su fin, la cosa juzgada en materia constitucional es de mucha mayor trascendencia en cuanto, a medida que se profieren los fallos, se configuran con firmeza y precisión los alcances, fundamentos y repercusiones de los principios y normas de la Constitución.

El artículo 243 de la Carta Política colombiana establece:

Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

Ha expresado la Corte Constitucional (Sentencia C-543 de 1992):

La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual, para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces. El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso, aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada.

[...]

Se distingue entre los conceptos que en la doctrina se conocen bajo las denominaciones de cosa juzgada material y cosa juzgada formal. La segunda hace que no se pueda volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado dentro del mismo proceso y por los mismos hechos y fundamentos que motivaron tal resolución, mientras que la primera, también

conocida como cosa juzgada sustancial, implica la absoluta inmutabilidad de la sentencia en firme, no ya dentro de un proceso determinado, sino ante cualquier otro proceso y en relación con cualquier motivo o fundamento, pues a ella se accede por el agotamiento de todas las posibilidades procesales y supone, por tanto, que la actividad jurisdiccional del Estado se desplegó íntegramente en relación con la materia debatida.

La jurisprudencia ha distinguido entre la cosa juzgada absoluta, la cosa juzgada relativa y la cosa juzgada aparente.

La cosa juzgada constitucional es absoluta cuando la Corte ha efectuado un examen total, integral, pleno, completo de la norma o normas objeto de proceso, a la luz de toda la Constitución. De modo que allí, a menos que se apruebe una reforma constitucional, no queda nada por verificar y, en consecuencia, ninguna autoridad –ni siquiera la propia Corte– puede alterar el sentido de lo ya resuelto.

La cosa juzgada es relativa cuando el estudio adelantado por la Corte Constitucional se refiere tan solo a determinados aspectos de la normatividad enjuiciada. Por ejemplo, ante una demanda entablada contra un decreto ley –dictado por el presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso–, la sentencia de la Corte declara que es exequible solamente en cuanto el Gobierno no excedió los límites de las facultades otorgadas. Queda abierta, entonces, la posibilidad de otros motivos de inconstitucionalidad, y, por tanto, caben nuevas demandas.

Se entiende que la cosa juzgada es apenas aparente cuando se partía del criterio según el cual ya se había definido la constitucionalidad de una disposición o conjunto de disposiciones, pero la Corte, en fallo posterior, encuentra que esa impresión era falsa, pues el examen de la normatividad no se había efectuado. El ejemplo más claro lo hallamos en la Sentencia C-700 de 1999, por medio de la cual fueron declaradas inexecutable las disposiciones que conformaban el sistema de financiación de vivienda conocido como UPAC. Se suponía que, en fallo anterior, la Corte había declarado executable tales normas, pero en realidad no había ocurrido así. Aparecían citadas como executable, en la parte resolutoria del fallo correspondiente, pero sin ningún fundamento en la parte motiva. En consecuencia, la Corte declaró que la cosa juzgada era aparente:

Lo que se encuentra en el caso materia de estudio no es nada distinto de una cosa juzgada apenas aparente, que, por tanto, carece de la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto tan sólo supuesta y no verdaderamente debatido.

[...]

En el presente caso, aunque el Decreto 663 de 1993 sí fue demandado dentro del proceso D-442, y enunciadas por el actor unas razones para su inconstitucionalidad, es lo cierto que la Corte Constitucional no dedicó ni un renglón y ni siquiera una palabra al examen correspondiente, es decir que falló su exequibilidad sin motivarla. Si así aconteció, por involuntario error de transcripción, éste no puede hacerse valer para denegar ahora justicia constitucional, remitiendo al demandante a lo allí “resuelto”, pues ello significaría elusión del deber que a la Corte se ha confiado, consistente en la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, el que ha de cumplir haciendo prevalecer el Derecho sustancial sobre aspectos puramente formales y, con mayor razón, sobre las meras apariencias. Ya que la motivación es esencial a todo fallo, y si las razones de su juicio vinculan necesariamente la sentencia, en su contenido material, con las razones del juez, faltaría éste a su deber si, con la excusa de haber decidido lo que en realidad no decidió, cerrara las puertas de acceso a la administración de justicia.

En materia de cosa juzgada constitucional, es necesario resaltar que, si bien la Corte Constitucional es competente para fallar sobre normas ya examinadas cuando una reforma de la Carta ha modificado las disposiciones superiores con las cuales se había hecho la confrontación, ese motivo solamente cabe invocarlo, cuando, en efecto, se ha modificado el texto constitucional, no por supuestos cambios en la realidad social, o en los nuevos enfoques políticos sobre ciertas materias.

En algunas sentencias, la Corte Constitucional ha desconocido la cosa juzgada y se ha vuelto a pronunciar sobre asuntos ya resueltos de manera absoluta. El mejor ejemplo se encuentra en el caso del delito de aborto.

Quien esto escribe no comparte la tesis de la Corte Constitucional en esta materia, por cuanto desvirtúa el postulado de la cosa juzgada constitucional y rompe la seguridad jurídica.

Dice la Corte (sentencias C-233 de 2021 y C-055 de 2022) que nada impide nuevo pronunciamiento sobre una norma a cuyo respecto ya operó la cosa juzgada si hay “un cambio en el significado material de la Constitución: ocurre cuando la realidad social, económica o política del país transforma los presupuestos que sirvieron de sustento para declarar la constitucionalidad de la norma, lo que permite que se adelante un nuevo estudio a la luz de las nuevas realidades”, entendiendo la Constitución como un texto vivo. Según se precisa en la reciente Sentencia C-233 de 2021, esta hipótesis “no depende entonces de la incorporación o incorporación formal de normas al bloque de constitucionalidad, sino a la manera en que la comprensión de las reglas y principios constitucionales cambia en el tiempo y se adapta a realidades políticas, sociales y económicas”.

Exactamente lo contrario de lo dispuesto en el citado artículo 243 de la Constitución de 1991.

En caso reciente la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-489 de 2023, declaró inexecutable una disposición de la Ley 2277 de 2022, que prohibió deducir las regalías para los efectos de establecer la renta a cargo de las empresas de explotación minera.

El Ministerio de Hacienda propuso contra el fallo un incidente de impacto fiscal –previsto en el artículo 334 de la Constitución–. La Corte suspendió los efectos de la sentencia, mientras adelantaba el estudio de los argumentos expuestos, y posteriormente –tras una audiencia pública– los restableció.

Al respecto, debemos expresar que celebramos que los efectos de la sentencia hayan sido restablecidos, pero creemos que la Corte no ha debido tramitar el incidente, y menos aún suspender los efectos de su fallo, por naturaleza: definitivo.

La intangibilidad de la Constitución quedaría gravemente lesionada y burlada la Corte Constitucional si, permaneciendo las normas superiores con las cuales se hizo la confrontación de control, una disposición declarada inexecutable –es decir, retirada del ordenamiento jurídico mediante sentencia, por quebrantarlas de fondo–, el legislador, el Ejecutivo o cualquier autoridad pudiera reproducir el contenido declarado inconstitucional.

Ha expresado la Corte:

Cuando una disposición es declarada inexecutable, la cosa juzgada material produce como efecto, una limitación de la competencia del legislador (ordinario o extraordinario), que le impide reproducir el contenido material de la norma que no se ajusta a la Carta Fundamental, y en el evento en que ello ocurra la Corte debe proferir un fallo de inexecutableidad por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política (Sentencia C-100 de 2019).

[...]

Cuando es declarada executable una disposición, el fenómeno de la cosa juzgada material, produce como regla general la imposibilidad para la Corte Constitucional de pronunciarse sobre la materia previamente resuelta, ya que puede conducir a providencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico, o alteren la confianza legítima de los administrados en la aplicación de la Constitución, o vulneren el principio de la igualdad.

Declarada inexecutable una norma mediante sentencia de la Corte Constitucional, por razones de oposición material entre ella y la Constitución, la firmeza y obligatoriedad del fallo es tal que ninguna autoridad –ni siquiera la propia Corte– puede reproducir su contenido. No puede revivir o resucitar el precepto expulsado del sistema jurídico por haber violado sustancialmente la Constitución.

Si ello es así, ¿cómo podría la Corte reproducir una norma declarada inexecutable por oposición material, a partir de un incidente de impacto fiscal?

En nuestra opinión, el incidente de impacto fiscal no cabe contra fallos de inexecutableidad por razones de fondo. No pueden ser revocados, modificados ni suspendidos.

Conclusiones

Para que la Constitución, como ordenamiento básico y estructura fundamental del Estado, rija verdaderamente, es indispensable que tenga plena vigencia el postulado de supremacía y suprallegalidad de sus valores, principios y normas.

Ninguna norma inferior, expedida por los órganos constituidos, puede sobreponerse a la Constitución.

La Constitución no puede perder estabilidad, ni su imperio puede ser puramente teórico. Tampoco puede convertirse en un estatuto frágil y maleable, susceptible de ser reformado al impulso de conveniencias de tipo coyuntural o por interés político inmediato y de corto plazo.

El control constitucional debe garantizar de manera plena y permanente la prevalencia de la Constitución, sin dar paso a paréntesis en su vigencia y observancia. La Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política, no debe obstruir el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad por parte de los ciudadanos, ni prolongar, por una mal entendida colaboración con otras ramas y órganos del poder público, la vigencia de normas que ella misma ha declarado inexecutable, es decir, inejecutables por violar las disposiciones fundamentales.

Tampoco es admisible desconocer el principio de la cosa juzgada constitucional consagrada en el artículo 243 de la Carta Política. En consecuencia, mientras los preceptos constitucionales con fundamento en los cuales se falló con carácter absoluto y definitivo la exequibilidad o inexecutable de una norma legal, la Corte Constitucional no puede proferir fallos posteriores en sentido contrario.

Finalmente, la Corte Constitucional debería revisar la doctrina a cuyo tenor los efectos jurídicos de sus fallos se producen “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecutable, y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o de su notificación o ejecutoria”. (Véase, por ejemplo, la Sentencia C-355 de 2006).

Eso es inaceptable. Las sentencias en materia de constitucionalidad se deben divulgar oportuna y oficialmente. Solo deben producir efectos jurídicos a partir de la divulgación oficial de su texto completo, con las firmas de todos los magistrados. De lo contrario, sin sustento en la Constitución ni en la ley, la Corte Constitucional confiere validez al comunicado en que se da noticia sobre el sentido del fallo –documento que no es una sentencia ni se confunde con ella, ni puede producir por sí mismo efectos jurídicos–, dando lugar a interpretaciones de los medios de comunicación, de los comentaristas y de quienes deben cumplir la decisión judicial, sobre sus fundamentos y razones, generando –además– inseguridad jurídica. Rige el

comunicado de prensa, y los textos definitivos y completos de los fallos se pueden demorar –así ha ocurrido– varios meses.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1997.
- AMAYA, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2017.
- ATIENZA, Manuel. *Interpretación constitucional*. Bogotá, D.C.: Universidad Libre, 2016.
- AYALA CORAO, Carlos Manuel. *Comentarios constitucionales*. Caracas: Fundación Konrad Adenauer - CIEDLA - Editorial Jurídica Venezolana, 1996.
- BAILYN, Bernard. *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya SA), 2012.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Filosofía del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969.
- _____. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1973.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, 14ª. reimpresión. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- CARBONELL, Miguel. *Reforma constitucional: límites y controles*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.
- CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Bogotá, D.C.: Legis Editores, 2023.
- CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Washington, D.C.: Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos, 1987.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena y salas de revisión. Varias sentencias. www.corteconstitucional.gov.co
- DWORKIN, Ronald. *Justicia para erizos*. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- DROMI, Roberto. *Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1992.

- FERRAJOLI, Luigi. “La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional”. En *Constitutionalismo y Teoría del Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- FUERO LANERI, Fernando. *Interpretación y juez*. Santiago de Chile: Universidad de Chile y Centro de Estudios “Ratio Juris”, 1976.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1987.
- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México. Fondo de Cultura Económica. 1971.
- HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. “El papel del juez en el Estado social de Derecho”. En *Nuevas tendencias del Derecho Administrativo*, Conmemoración de los primeros 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo. Bogotá, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas - Editorial Tirant Lo Blanch, 2020.
- _____. *El concepto de inconstitucionalidad en el Derecho contemporáneo*. Bogotá, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas - Editorial Temis, 2013.
- _____. *Supremacía de la Constitución y control constitucional*. Bogotá, D.C.: Editorial Tirant Lo Blanch, 2023.
- HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Editorial Ariel, 1970.
- KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?* Buenos Aires: Editorial Leviatan, 1981.
- KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Editorial Guadarrama, 1977.
- MARQUARDT, Bernd. *Historia mundial del Estado*. Bogotá, D.C.: Universidad Nacional de Colombia - Ecoe Ediciones, 2014.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”. *Cuestiones Constitucionales*, n.º. 36. (enero-junio 2017).
- OLIVARI, Walter. *Escritos de Ciencia Política*. Bogotá: Edición privada, 2014.
- PÉREZ, Francisco de Paula. *Estudios constitucionales*. Bogotá: Editorial Centro, 1936.
- ZAFRA ROLDÁN, Gustavo. *El derecho a la Constitución*. Bogotá, D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 1998.