

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**



**TESIS DOCTORAL**

**La acción de inconstitucionalidad en Colombia:  
¿puede la corte constitucional establecer límites al  
ejercicio ciudadano de esta acción?**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**David Mendieta González**

DIRECTORES

**José Manuel Martínez Sierra**  
**José Ángel Camisón Yagüe**

Madrid, 2017

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Constitucional**



**LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA:  
¿PUEDE LA CORTE CONSTITUCIONAL ESTABLECER  
LÍMITES AL EJERCICIO CIUDADANO DE ESTA ACCIÓN?**

**TESIS DOCTORAL PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR**

**Presentada por**

**DAVID MENDIETA GONZÁLEZ**





**LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA: ¿PUEDE  
LA CORTE CONSTITUCIONAL ESTABLECER LÍMITES AL  
EJERCICIO CIUDADANO DE ESTA ACCIÓN?**

Tesis doctoral presentada por  
D. David Mendieta González  
Bajo la dirección de los Profesores:

Dr. D. José Manuel Martínez Sierra,  
Profesor Titular de Derecho  
Constitucional de la Universidad  
Complutense de Madrid y  
Dr. D. José Ángel Camisón Yagüe,  
Profesor Contratado Doctor de Derecho  
Constitucional de la Universidad de  
Extremadura,  
para la colación del  
grado de “Doctor”

Madrid, 2015



*A esa persona que me enseñó:  
El sentido de lo correcto,  
El valor de la perseverancia,  
La importancia de la superación.*

*A quien con hechos me mostró,  
Que la ética,  
No es simplemente una palabra,  
Sino una forma de vida.*

*A quien por su incondicionalidad,  
Sacrificio,  
Y amor,  
Le debo todo lo que soy,*

*Para ti MADRE.*



*“No es la garantía la que hay que debilitar, es el goce el que hay que extender. No es a la libertad política a la que quiero renunciar, es la libertad civil que reclamo con otras formas de libertad política”*

*Benjamín Constant*



## **AGRADECIMIENTOS**

Este trabajo es el resultado de muchos años de dedicación y al mismo tiempo es la materialización de un sueño. Doy gracias a quienes me ayudaron para que fuera posible su culminación, a los profesores José Manuel Martínez Sierra por su paciencia y comprensión; José Ángel Camisón por sus aportes y sugerencias y Covadonga Ferrer por su respaldo y colaboración.

También agradezco a la Universidad Complutense de Madrid, por otorgarme el honroso título de Doctor, a la Universidad de Antioquia por haberme enseñado a amar al Derecho Constitucional y a la Universidad de Medellín por permitirme compartir mis conocimientos en sus aulas de clase.

Pero en especial agradezco a María y Omaira, mi abuela y mi madre porque son ellas las que con su amor incondicional han hecho de mí quien soy.

Medellín, septiembre 30 de 2015



## CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN .....	15
ABSTRACT .....	16
INTRODUCCIÓN GENERAL DE LA TESIS .....	17
CAPÍTULO 1. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, LOS MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO .....	37
INTRODUCCIÓN .....	37
1.1 La Supremacía de la Constitución .....	41
1.2 La jurisdicción constitucional .....	47
1.3 Modelos de control de constitucionalidad.....	49
1.3.1 Control de constitucionalidad difuso o norteamericano.....	50
1.3.2 Control de constitucionalidad francés .....	55
1.3.3 Control de constitucionalidad concentrado o austriaco .....	60
1.4 Control de constitucionalidad según el momento normativo en el que se realiza.....	69
1.4.1 Control de constitucionalidad previo .....	69
1.4.2 Control de constitucionalidad posterior .....	72
1.5 Según el contenido de la norma.....	74
1.5.1 Control de constitucionalidad abstracto .....	74
1.5.2 Control de constitucionalidad concreto .....	74
1.6 Según quien está legitimado para solicitar el control .....	75
1.6.1 La excepción de inconstitucionalidad.....	75
1.6.2 Cuestión de inconstitucionalidad.....	76
1.6.3 Control de constitucionalidad automático.....	79

1.6.4	Control de constitucionalidad por vía de acción .....	79
1.7	La legitimación activa para instaurar acciones de inconstitucionalidad en el derecho comparado.....	80
1.7.1	La acción de inconstitucionalidad en Italia .....	82
1.7.2	La acción de inconstitucionalidad en Alemania.....	83
1.7.3	La acción de inconstitucionalidad en España .....	85
1.7.4	La acción de inconstitucionalidad en Latinoamérica .....	89
	<b>CAPÍTULO 2. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA .....</b>	<b>97</b>
	<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>97</b>
2.1.	La Supremacía Constitucional en Colombia .....	101
2.2.	El Control de Constitucionalidad en Colombia .....	112
2.2.1	Clases de sentencias de constitucionalidad expedidas por la Corte Constitucional colombiana .....	118
2.3.	El control abstracto de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional de Colombia.....	124
2.3.1	Competencia de la Corte Constitucional para realizar control de constitucionalidad automático .....	125
2.3.1.1	Los proyectos de leyes estatutarias.....	125
2.3.1.2	Los tratados internacionales y las leyes que los aprueban... ..	128
2.3.1.3	Los decretos de estados de excepción o decretos legislativos .....	131
2.3.1.3.1	Estado de guerra exterior: .....	133
2.3.1.3.2	Estado de conmoción interior .....	134
2.3.1.3.3	Estado de emergencia: .....	135
2.3.1.4	Las leyes de convocatoria a referendo o asamblea constituyente.....	140
2.3.1.5	Los proyectos de ley objetados por el Gobierno Nacional por inconstitucionales e insistidos por el Congreso. ....	142
2.4	Otros controles de constitucionalidad existentes en Colombia ejercidos por autoridades diferentes a la Corte Constitucional .....	145
2.4.1	Controles de constitucionalidad abstractos.....	145

2.4.1.1 La acción de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado .....	146
2.4.1.2 La nulidad de los actos administrativos ante la jurisdicción contenciosa administrativa.....	160
2.4.1.3 La objeción presidencial por inconstitucionalidad .....	168
2.4.2 Controles de Constitucionalidad Concretos .....	179
2.4.2.1 La excepción de inconstitucionalidad.....	179
2.4.2.2 La acción de tutela.....	195

### CAPÍTULO 3. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA .....

203

#### INTRODUCCIÓN .....

203

#### 3.1 Referentes históricos de la acción de inconstitucionalidad en Colombia: la legitimación activa .....

206

#### 3.2 La acción de inconstitucionalidad y la Constitución de 1991.....

221

#### 3.3 Competencia de la Corte Constitucional a través de la acción de inconstitucionalidad.....

229

##### 3.3.1 Actos reformativos de la Constitución.....

229

###### 3.3.1.1. Acto Legislativo.....

233

###### 3.3.1.2 Referendo .....

236

###### 3.3.1.3. Asamblea Constituyente .....

239

##### 3.3.2. Leyes .....

241

##### 3.3.3 Decretos con fuerza material de ley.....

243

###### 3.3.3.1 Decretos de facultades extraordinarias dadas por el Congreso de la República o decretos-ley .....

244

###### 3.3.3.2 Decreto ley plan nacional de inversiones.....

246

#### 3.4 Aspectos procesales de la acción de inconstitucionalidad en Colombia.....

248

##### 3.4.1. Requisitos de admisión de la acción de inconstitucionalidad .....

248

##### 3.4.2 Requisitos establecidos por el decreto 2067 de 1991 y la Corte Constitucional .....

249

##### 3.4.3 La legitimación activa como criterio de admisión de la acción de inconstitucionalidad.....

265

##### 3.4.4 Caducidad de la acción de inconstitucionalidad.....

268

3.5 Algunas definiciones necesarias para comprender qué es la acción de inconstitucionalidad en Colombia.....	268
3.5.1 Derechos fundamentales .....	269
3.5.2 Derechos subjetivos.....	274
3.5.3 Derecho de acción .....	276
3.5.4 Derechos civiles y políticos.....	286
3.5.5 Derecho a la supremacía efectiva de la Constitución .....	290
3.5.6 Derecho a la tutela efectiva.....	291
3.5.7 Mecanismos de participación ciudadana .....	293
3.6 Límites de la acción de inconstitucionalidad en Colombia .....	299
3.6.1 Test de proporcionalidad para el caso de los condenados que no pueden instaurar acciones de inconstitucionalidad.....	303
3.6.2 Test de Proporcionalidad para el caso del establecimiento de requisitos de procedibilidad de las acciones de inconstitucionalidad no previstos en la constitución ni en el decreto 2067 de 1991, pero fijados por la corte por vía jurisprudencial.....	306
4. CONCLUSIONES.....	311
BIBLIOGRAFÍA .....	315
APÉNDICE NORMATIVO .....	327

## RESUMEN

La presente tesis doctoral aborda el estudio de la acción de inconstitucionalidad en Colombia, la cual existe de manera ininterrumpida desde 1910, lo que significa que en este país se hacía control de constitucionalidad abstracto 10 años antes que se creara el Tribunal Constitucional Austriaco y 19 años antes de que Kelsen publicase su obra la Garantía Jurisdiccional de la Constitución y la teoría del legislador negativo.

En Colombia el titular de la acción es el ciudadano, pero la Corte Constitucional ha venido limitando su acceso, estableciendo por vía jurisprudencial requisitos no contenidos ni en la Constitución ni en la ley. Se hace necesario definir que es la acción de inconstitucionalidad colombiana para luego determinar si el Tribunal Constitucional puede o no limitar su ejercicio.

Se pudo concluir que la acción de inconstitucionalidad es en Colombia un derecho humano fundamental, un mecanismo de protección de derechos fundamentales y un mecanismo de participación ciudadana y que no puede la Corte Constitucional de manera arbitraria menoscabar derechos y garantías de esta índole.

## **ABSTRACT**

The present doctoral dissertation focuses on the study of the action of unconstitutionality in Colombia, which exists uninterruptedly since 1910, this means that the abstract constitutionality control in this country was already implemented 10 years earlier than the Austrian Constitutional Court and was created 19 years before Kelsen published his book *The jurisdictional Guarantee of The Constitution and The theory of Negative Legislator*.

In Colombia the owner of this action is the citizen, but the Constitutional Court has limited their access through jurisprudence by establishing requirements not contained in either the Constitution or the law. It is necessary to define what is the action of the Colombian unconstitutionality and then determine if the Constitutional Court may limit the exercise of the citizen or not.

It can be concluded that the action of unconstitutionality in Colombia is a fundamental human right and a means of protection of fundamental rights, also it works as a mechanism for citizen participation and the Constitutional Court can not arbitrarily diminishing rights and guarantees of this nature.

## INTRODUCCIÓN GENERAL DE LA TESIS

Si creemos que los actos del Estado, solo son aceptables en la medida que vayan respaldados por normas jurídicas<sup>1</sup>, entendemos este conjunto de normas como un orden jurídico jerárquico<sup>2</sup> y es la Constitución la

---

<sup>1</sup> “Pero la antítesis de poder y derecho, expresada en la contraposición de fin jurídico y fin de poder y, por consecuencia, de Estado de Derecho y Estado de Poder, es completamente inadecuada para suministrar una división de los posibles contenidos del orden estatal y, por tanto, el criterio para señalar la tipicidad del Estado; pues la esencia del Estado radica en que convierte el poder en Derecho, porque un acto considerado como acto del Estado, un hecho cualquiera que pase por estatal, no puede imputarse al Estado sino sobre la base de un orden normativo que es el mismo Derecho.” KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Editora Nacional. México. 1965. Pág. 57

“El principio constitucional de la legalidad de ejecución no significa solamente que todo acto de ejecución debe ser conforme a ley, sino que básicamente no puede haber acto de ejecución más que sobre la base de una ley, autorizado por una ley. Por consiguiente, si una autoridad estatal –tribunal u órgano administrativo- realiza un acto sin ninguna base legal, este acto es ilegal, dada la ausencia de toda ley con la cual medir su legalidad, sino “sin ley” y, como tal, inmediatamente inconstitucional” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: *Revista Colombiana de Derecho Constitucional*. Año 2. N°3. Mayo- agosto de 1998. Pág. 15 y 16. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

En otro texto. El mismo autor afirma: “La norma jurídica, en la que se proclama una voluntad del Estado con vistas a su propio comportamiento, establece ya de por sí cuales son los sustratos de hecho que deben considerarse como propios del Estado.

Deberán reconocerse, así, como actividades específicas de un órgano aquellos actos que se manifiesten como la realización de la voluntad del Estado proclamada en la norma jurídica.

...Todo el que alegue que obra en nombre del Estado y por cuenta del Estado, deberá invocar siempre una norma jurídica, a tono con la cual pueda considerarse su acto como querido por el Estado y, en consecuencia, como imputable a éste. En el moderno Estado de derecho, es de todo punto inconcebible cualquier actividad de los órganos del Estado no amparada por la norma jurídica o por la ley.” KELSEN, Hans. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. Ed: Porrúa. México. 1987. Pág. 405.

<sup>2</sup> “El derecho no cesa de concretarse en el camino que el mismo recorre de la Constitución hasta los actos de ejecución material. Si la Constitución, la ley y el reglamento son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales. La libertad del legislador, que no está

norma de mayor jerarquía<sup>3</sup>, entonces, deben existir autoridades, mecanismos y procedimientos para hacer efectiva la Constitución.<sup>4</sup> La justicia constitucional se hace necesaria para limitar el poder del legislador ordinario o extraordinario, que puede estar tentado a actuar por fuera de la Constitución.<sup>5</sup>

Las garantías de la Constitución<sup>6</sup> están encaminadas a preservar su supremacía y es la acción abstracta de inconstitucionalidad una de estas

---

subordinado más que a la Constitución, solo está sometida a limitaciones relativamente débiles; su poder de creación es relativamente grande. Cada vez que desciende un grado, la relación entre libertad y limitación se modifica en favor del segundo término: la componente de aplicación aumenta la de libre creación disminuye.” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N°3. Mayo- agosto de 1998. Pág. 7. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

<sup>3</sup> “El derecho no cesa de concretarse en el camino que el mismo recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material. Si la Constitución, la ley y el reglamento son norma jurídica generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales. La libertad del legislador, que no está subordinado más que a la Constitución, solo está sometida a limitaciones relativamente débiles; su poder de creación es relativamente grande. Cada vez que se desciende un grado, la relación entre libertad y limitación se modifica en favor del segundo término: la componente de aplicación aumenta la libre creación disminuye:” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N°3. Mayo- agosto de 1998. Pág. 6. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

<sup>4</sup> “Garantías de la Constitución significa, por consiguiente, garantías de la regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes.” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N°3. Mayo- agosto de 1998. Pág. 7. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

<sup>5</sup> “La garantía jurisdiccional de la Constitución –la justicia constitucional- es un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas funciones tienen carácter jurídico: consisten en actos jurídicos.” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N° 3. Mayo- agosto de 1998. Pág. 5. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

<sup>6</sup> “Se trata de las garantías generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado respecto a la regularidad de los actos estatales en general. Estas garantías pueden ser

garantías. La cuestión de la acción<sup>7</sup> de inconstitucionalidad ha generado en el seno de la doctrina constitucional diversas discusiones y problemáticas: En primer lugar el tema de si la revisión judicial por parte de un órgano jurisdiccional,<sup>8</sup> normalmente no elegido democráticamente,<sup>9</sup> sobre una decisión tomada por el cuerpo político

---

preventivas o represivas, personales u objetivas. Las garantías preventivas tienden a evitar la producción de actos irregulares. Las garantías represivas reaccionan contra el acto irregular una vez producido; tienden a impedir su repetición en el futuro, a reparar el daño por él causado, a hacerlo desaparecer y, eventualmente, a sustituirlo por un acto regular.” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N°3. Mayo- agosto de 1998. Pág. 18. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

<sup>7</sup> La acción es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia. Su conceptualización dogmática será parte del presente trabajo.

<sup>8</sup> Kelsen refiriéndose a la naturaleza jurisdiccional del tribunal constitucional, dice: “El problema de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal carece, por consiguiente de dificultad.

Su independencia, tanto frente al Parlamento como frente al gobierno, es un postulado evidente. Porque son precisamente el Parlamento y el gobierno en su calidad de órganos que participan en el procedimiento legislativo. quienes deben ser controlados por la jurisdicción constitucional...

Y es precisamente por ello, por lo que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal; pues se trata principalmente de aplicación y solo en una débil medida de creación del Derecho y, por tanto, de algo propiamente jurisdiccional. Por eso, para su integración entran en juego los mismos principios que para organización de los tribunales o de los órganos ejecutivos.” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N°3. Mayo-agosto de 1998. Pág. 29. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

El autor colombiano Iván Vila Casado sobre el tema escribió: “Contrario a lo que sucede con la mayoría de los tribunales constitucionales europeos, que no hacen parte de la rama judicial del Estado, en Colombia no hay ninguna duda de que la Corte Constitucional ejerce una función jurisdiccional y es parte integrante del aparato orgánico jurisdiccional.” VILA CASADO, Iván. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Ed: Legis. Bogotá. 2012. Pág. 284

<sup>9</sup> Es posible que un ordenamiento jurídico prevea la elección democrática de los miembros del tribunal constitucional, como es el caso de Bolivia que en su Constitución de 2009, artículo 198 establece “Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el

nacional, poder Ejecutivo o Legislativo<sup>10</sup>, elegido democráticamente, no supone un atentado contra la democracia y una vulneración del principio de independencia de poderes<sup>11</sup>.

---

procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.”

Incluso el padre de los tribunales constitucionales, Hans Kelsen, reconoce la posibilidad de existencia de Tribunales Constitucionales elegidos democráticamente: “El carácter democrático de un Tribunal constitucional, lo mismo que el del Jefe de Estado, no puede depender sino sólo del modo de su designación y de su situación jurídica. No hay obstáculo alguno, si se quiere constituir ese Tribunal democráticamente, que hacerlo elegir por el pueblo lo mismo que al Jefe de Estado, y dar el carácter de funcionarios de profesión a sus miembros no menos que al Jefe de Estado; aun cuando pueda dudarse de si este modo de creación de órgano y su cualificación sea oportuna para la función del organismo.” Tomado de: LOMBARDI, Giorgio. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus .Quién debe ser el defensor de la Constitución? pág. 357. Madrid, Ed. Tecnos. Clásicos del Pensamiento. 2009.

<sup>10</sup> Para Kelsen el defensor de la Constitución debe ser una autoridad independiente del legislador y del ejecutivo, pues le parece ingenuo pensar que quien ha creado la norma jurídica, pueda hacer un control efectivo sobre la misma, dice el autor: “No hay supuesto de garantía de la regularidad en el que exista mayor tentación de confiar la anulación de los actos irregulares al mismo órgano del que han emanado que el de la garantía de la Constitución. Pero ningún otro caso estaría más contraindicado este procedimiento. Porque la única forma en la que se podría ver en cierta medida una garantía eficaz de la Constitución –declaración de irregularidad por un órgano distinto y obligación para el órgano autor del acto irregular de anularlo- es aquí impracticable, porque el parlamento no puede, por su propia naturaleza, a ser obligado de forma eficaz. Sería, además, una ingenuidad política pensar que el parlamento anularía una ley que el mismo ha votado porque otro órgano la haya declarado inconstitucional. En realidad el legislador se considera a sí mismo como libre creador del derecho y no como un órgano de aplicación del derecho, vinculado a la Constitución, como teóricamente, aunque en una medida relativamente limitada, lo está. No es, pues, con el parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución. Es a un órgano diferente del Parlamento, independiente de él, y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal, a quien hay que encomendar la anulación de los actos inconstitucionales: es decir, a una jurisdicción o tribunal constitucional.” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N°3. Mayo- agosto de 1998. Pág. 26 y 27. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

<sup>11</sup> Hay mucha literatura que se refiere al carácter antidemocrático de la revisión judicial. Véase: P. Waldron. “Law and Disagreement”. Clarendon Press. Oxford. 1999; W. Walter. “Philosophy and democracy”. Political Theory. No. 9. 1981; J. Cottrell y G. Chai. “The Role of the Courts in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights”. En J. Cottrell y G. Chai (Eds.). Economic, Social and Cultural Rights in practise. Interreights. Londres. 2004; Por otro lado, también hay otro sector de la doctrina que defiende que la revisión judicial por parte de los tribunales de las decisiones tomadas por el poder Ejecutivo o Legislativo, no sólo no va en contra de la democracia sino que la fortalece.

En segundo lugar la cuestión de quién es “sujeto” legitimado para interponerla.<sup>12</sup> Solamente determinadas instituciones o autoridades públicas, como sucede por ejemplo en España (Art. 162.1 Constitución Española 1978)<sup>13</sup>, o también los ciudadanos como sucede en Colombia (artículos 40 N°6, 241, 242 y 379 de la Constitución colombiana de 1991)<sup>14</sup> o toda persona como ocurre en Venezuela (artículos 334 y 336)<sup>15</sup>.

---

Véase: R. Dworkin. “Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution”. Oxford University Press. Oxford. 1996.

Kelsen, refiriéndose al Tribunal Constitucional, afirma: “Pero entonces la institución de la justicia constitucional no está en absoluto en contradicción con el principio de separación de poderes sino que constituye por el contrario, una afirmación del mismo”. KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N°3. Mayo- agosto de 1998. Pág. 29. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

<sup>12</sup> Kelsen, autor ineludible para la comprensión del tema de las garantías de la Constitución, hubiera preferido el establecimiento de una *acción popular*, donde cualquiera pudiese acudir al tribunal constitucional para pedir la anulación de la norma que contravenga la Constitución, pero renuncia a esta opción más garantista por considerar que podría colapsar al tribunal constitucional y abundar acciones mal intencionadas. Dice el autor: “La garantía más fuerte consistiría ciertamente en autorizar una *actio popularis*: el tribunal constitucional habría de proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción a instancia de cualquiera. De esta forma el interés político que tiene la eliminación de los actos irregulares, recibiría, sin discusión su satisfacción más radical. No puede sin embargo, recomendarse esta solución porque la misma entrañaría un peligro excesivo de acciones temerarias y el riesgo de una sobre carga insoportable de procedimientos.” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N°3. Mayo- agosto de 1998. Pág. 46. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

<sup>13</sup> “Están legitimados:

1. a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.” Artículo 162.1. constitución Española de 1978

<sup>14</sup> “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

... 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.” Artículo 40 # 6°. Constitución Política de Colombia de 1991.”

---

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

...4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

...5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.” Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

“Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:

1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.

...3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.” Artículo 242 Constitución Política de Colombia

“Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.

La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2.” Artículo 379 Constitución Política de Colombia

<sup>15</sup> “Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.” Artículo 336. Constitución Política de República Bolivariana de Venezuela.

En tercer lugar la de quién es “sujeto” legitimado para conocerla. Solamente debería estar habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una norma la Corte Constitucional como sucede en modelos de control de constitucionalidad concentrado como el boliviano<sup>16</sup>, o debería

---

“Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución. 2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella. 3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución. 4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta. 5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación. 6. Revisar en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República. 7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. 8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer. 9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público. 10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva. 11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.” Artículo 336. Constitución Política de República Bolivariana de Venezuela.

“Toda persona tiene en este sentido el derecho constitucional a la participación política mediante el ejercicio de esta acción de inconstitucionalidad, el cual no admite limitación, restricción o suspensión alguna, y menos aún, discriminando a alguna o algunas personas en relación con otras, en violación al derecho a la igualdad que en los términos del artículo 21 de la Constitución no admite excepciones.” BREWER-CARÍAS. Allan. *La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional*. En: Estudios Constitucionales.vol.9. Santiago de Chile.2011.\_versión Online ISSN 0718-5200

<sup>16</sup>“ARTÍCULO 59.- RECURSO INDIRECTO O INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDAD.- El recurso indirecto o incidental procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial aplicable a aquellos procesos. Este recurso será promovido por el juez, tribunal o

---

autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte. ARTÍCULO 60.- CONTENIDO DEL RECURSO.- El recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad contendrá: 1.- La mención de la ley, decreto o resolución no judicial cuya inconstitucionalidad se cuestiona y su vinculación con el derecho que se estima lesionado; 2.- El precepto constitucional que se considera infringido; 3.- La fundamentación de la inconstitucionalidad y la relevancia que tendrá la norma legal impugnada en la decisión del proceso; ARTÍCULO 61.- OPORTUNIDAD.- El recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad podrá ser presentado por una sola vez en cualquier estado de la tramitación del proceso judicial o administrativo, aun en recurso de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la sentencia ARTÍCULO 62.- SUSTANCIACIÓN DEL INCIDENTE.- Interpuesto el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, el juez, tribunal o autoridad administrativa que conoce la causa, correrá en traslado dentro de las veinticuatro horas siguientes para que sea contestado en tercero día de notificada la parte. Con respuesta o sin ella, en igual plazo, pronunciará resolución: 1.- Rechazando el incidente si lo encuentra manifiestamente infundado, en cuyo caso proseguirá la tramitación de la causa. La resolución de rechazo será elevada en consulta, de oficio al Tribunal Constitucional, en el plazo de 24 horas. 2.- Admitiendo el incidente mediante auto motivado, en cuyo caso dispondrá se eleve ante el Tribunal Constitucional fotocopias legalizadas de las piezas pertinentes, con nota de cortesía, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. ARTÍCULO 63.- PROSECUCIÓN DEL TRAMITE.- La admisión del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad no suspenderá la tramitación del proceso, el mismo que continuará hasta el estado de pronunciarse sentencia o resolución final que corresponda, mientras se pronuncie el Tribunal Constitucional, ARTICULO 64.- PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- I.- Recibidos los antecedentes del recurso indirecto o de inconstitucionalidad, éstos pasarán a la Comisión de Admisión para el fin previsto en el numeral 3 del artículo 31 de la presente Ley. II.- Sorteada la causa, el Tribunal Constitucional pronunciará sentencia en el plazo de treinta días. III.- La consulta, en caso de rechazo del incidente, será conocida por la Comisión de Admisión la que resolverá sobre su procedencia en el plazo de diez días. Admitido que sea, se observará lo dispuesto en los párrafos anteriores en lo pertinente. ARTÍCULO 65.- SENTENCIA Y SUS EFECTOS.- La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad surtirá los efectos determinados en el artículo 58 de la presente Ley. Los funcionarios públicos y personas particulares que estuvieren obligados a cumplir la sentencia y no la hicieren cumplir, serán sometidos a proceso penal, a cuyo efecto se remitirán antecedentes al Ministerio Público. Página 11 de 19 ARTÍCULO 66.- INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL- El Tribunal Constitucional no tiene competencia para conocer y resolver sobre fallos, sentencias, autos y otras resoluciones que dicte el Poder Judicial a través de sus jueces y magistrados. ARTÍCULO 67.- NOTIFICACIONES AL ORGANO JUDICIAL.- Dictada la sentencia, esta será notificada inmediatamente al órgano que dictó la ley, decreto o resolución no judicial y al órgano judicial o administrativo competente para efectos de la decisión del proceso, que desde ese momento quedará sujeto al fallo del Tribunal Constitucional.”

La Constitución boliviana establece un sistema concentrado de control de constitucionalidad. En modelos concentrados como el boliviano, cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma en un proceso judicial concreto ello no puede ser resuelto por el juzgado donde se ha presentado, sino que este eleva el expediente para

también establecerse, como sucede en los modelos mixtos, la posibilidad de que todo juez en todo proceso pudiera declarar la inconstitucionalidad de una norma en ese caso específico, o si se prefiere de inaplicarla por su inconstitucionalidad (Art. 334 Constitución Venezuela 1999<sup>17</sup>, Art. 4° Constitución de Colombia 1991<sup>18</sup>) lo que en el fondo, aún y que para el caso concreto tiene efectos “*inter partes*”, es un verdadero pronunciamiento declarativo de inconstitucionalidad.<sup>19</sup>

En el presente estudio analizaremos la segunda de estas cuestiones, la titularidad de la competencia para interponer la acción de inconstitucionalidad y concretamente, la titularidad de esta garantía en el caso de la Constitución colombiana de 1991, la cual en sus artículos 40 N° 6, 241, 242 y 379 otorga la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponerla, solicitando la nulidad de aquellas normas legales dictadas por el legislador o quien haga sus veces y actos reformativos de la Constitución, que vulneren disposiciones o derechos reconocidos en la Constitución y cómo desde hace algunos años la misma Corte Constitucional colombiana ha venido restringiendo el acceso a esta

---

su decisión en el tema constitucional al Tribunal Constitucional, y una vez decidido por el Tribunal Constitucional el proceso será devuelto al juzgado de origen para que resuelva el caso partiendo de los ya definidos en materia constitucional por el Tribunal Constitucional. En el caso boliviano, el “recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad” es el mecanismo por el cual el juez común, de oficio o a petición de parte, eleva el expediente donde se suscita un tema de constitucionalidad, al Tribunal Constitucional para que este resuelva (arts. 59-67 Ley No. 1836, de 1 de abril de 1998).

<sup>17</sup> El artículo 334 de la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela ya fue transcrito el pie de página n° 15 del presente trabajo.

<sup>18</sup> “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.” Artículo 4° de la Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>19</sup> En occidente, dependiendo de quién es la autoridad encargada de realizar el control de constitucionalidad, existen dos grandes modelos: el difuso y el concentrado, los cuales serán estudiados en el presente trabajo.

garantía constitucional. ¿Qué es la acción de inconstitucionalidad en Colombia?, ¿Quiénes y por qué están legitimados para instaurar acciones de inconstitucionalidad?, ¿Puede el Tribunal Constitucional colombiano restringir el acceso a este instrumento de control político?, son algunas de las preguntas que pretende responder el presente trabajo.

La acción de inconstitucionalidad colombiana se encuentra ubicada dentro del capítulo I del título II de la Constitución, que lleva por nombre “De los derechos fundamentales”, sin embargo, la Corte Constitucional ha venido por vía jurisprudencial limitando el acceso a esta acción ya sea al impedir que los condenados puedan acudir a esta garantía de control de constitucionalidad o al establecer requisitos de procedibilidad para la admisión y la decisión de fondo no contenidos ni en la Constitución ni en las demás normas que regulan la materia.<sup>20</sup>

La **hipótesis** del presente trabajo es *“En la medida que la Corte Constitucional colombiana limita el acceso ciudadano a la acción de inconstitucionalidad menoscaba derechos fundamentales y el principio democrático.”*

El **objetivo general** del trabajo es determinar qué es la acción de inconstitucionalidad en Colombia, para posteriormente establecer si es posible que la Corte Constitucional colombiana limite el ejercicio de esta

---

<sup>20</sup> En sentencias tales como la C 536 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández y la C 1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional de Colombia y desde entonces el máximo tribunal de constitucionalidad colombiano, ha expedido múltiples sentencias tomando como precedente las aquí enunciadas.

acción. **Objetivos específicos** son: constatar las desapariciones, cambios o desnaturalizaciones de la acción ciudadana de inconstitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano y en diferentes momentos históricos; demostrar la fortaleza de la acción de inconstitucionalidad como mecanismo de acceso de los ciudadanos a la Constitución y de participación política, pues esta constituye una herramienta idónea para hacer efectiva la democracia participativa al permitirle a cualquier ciudadano ejercer control sobre los actos normativos del legislativo y del ejecutivo; y, finalmente, contribuir a llenar un vacío teórico existente en la academia colombiana sobre la figura de la acción de inconstitucionalidad, debido a los pocos trabajos y la manera vaga como se ha estudiado este tema.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> La acción de inconstitucionalidad tiene cien años de vigencia ininterrumpida en Colombia, durante este tiempo se han escrito pocos trabajos sobre esta garantía y muchos tratadistas colombianos se han limitado a escribir sobre ella dentro de textos de Derecho Constitucional Colombiano. Algunos ejemplos de trabajos sobre la acción de inconstitucionalidad son:

Ejemplos de autores que se hayan ocupado de manera breve de la acción de inconstitucionalidad en Colombia son: QUINCHE RAMIREZ, Manuel. Derecho Constitucional Colombiano: de la carta de 1991 y sus reformas. Segunda edición. Editorial Ibáñez. 2008. Págs. 282 a 290; PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Séptima edición. Ed: Temis. 2004. Págs. 59 a 71. También se han escrito artículos de revista, la mayoría de las veces abordando el tema de manera tangencial, algunos de ellos son: REY CANTOR, Ernesto. *Acción Popular de inconstitucionalidad*. En: <http://letrujil.files.wordpress.com/2012/04/accion-publica-de-inconstitucionalidad-ernesto-rey-cantor.pdf> FLOREZ MUÑOZ, Daniel Eduardo. *La acción de inconstitucionalidad como garantía del Estado Constitucional en Colombia*. Revista: Opinión Jurídica vol. 9 N° 18. Universidad de Medellín. Colombia. Año 2010 [http://www.academia.edu/848878/La\\_accion\\_publica\\_de\\_inconstitucionalidad\\_como\\_garantia\\_del\\_estado\\_constitucional\\_en\\_Colombia](http://www.academia.edu/848878/La_accion_publica_de_inconstitucionalidad_como_garantia_del_estado_constitucional_en_Colombia) BETANCOURTH, Danilo. *El carácter elitista de la acción pública de inconstitucionalidad y sus principales consecuencias*. Revista Pensamiento Jurídico N° 28. Universidad Nacional de Colombia. Año 2010. [http://www.derecho.unal.edu.co/unijus/rev\\_27-28/28/4-caracter.pdf](http://www.derecho.unal.edu.co/unijus/rev_27-28/28/4-caracter.pdf) MORENO ORTIZ, Luis Javier. *El sistema de control de constitucionalidad en Colombia*. Revista Civilizar Vol. 10 N° 19. Universidad Sergio Arboleda. Colombia. Año 2010. [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar%20%2019/sistema%20 control constitucionalidad\\_colombia.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar%20%2019/sistema%20control_constitucionalidad_colombia.pdf) GOMEZ DIAZ, Julián Alfredo y otra. *Acciones públicas para la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución*. Tesis de grado para optar al título de abogado. Universidad Pontificia Javeriana. Colombia. Año 2002.

Es importante tener en cuenta que durante el siglo XIX, al mismo tiempo que en Europa se desarrollaba un constitucionalismo de raíz liberal-burguesa basado en la vieja concepción montesquiana de que el pueblo era una masa analfabeta incapaz de gobernarse a sí misma sin caer en la anarquía y el caos<sup>22</sup>, y por tanto, el sistema político tenía que organizarse alrededor de las figuras de la representación y la tripartición de poderes<sup>23</sup>; en América, se desarrollaba otro modelo constitucional, de raíz rousseauniana<sup>24</sup>, que buscaba desarrollar una alternativa democrática

---

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS07.pdf> MALAGÓN PINZÓN, Miguel. La Acción Pública de Inconstitucionalidad en la Colombia del siglo XIX a través de una ley sobre el Colegio Mayor del Rosario. Revista Estudios Socio Jurídicos Vol. 9 N° 2. Universidad del Rosario. Colombia. Año 2007. <http://www.redalyc.org/pdf/733/73390209.pdf>

<sup>22</sup>“De los efectos políticos que produce la igualdad de condiciones, es ese amor por la independencia lo primero que atrae las miradas y lo que más asusta a las gentes timoratas, cosa en la que no puede decirse que estén totalmente equivocadas, pues la anarquía tiene rasgos más temibles en los países democráticos que en cualquier otra parte.” TOCQUEVILLE, Alexis. La Democracia en América II. Pág. 244. Ed: Alianza editorial. Madrid. 1993

<sup>23</sup> “El principio de la democracia degenera, no solamente cuando se pierde el espíritu de igualdad, sino cuando se extrema ese mismo principio, es decir, cuando cada uno quiere ser igual a los que él mismo eligió para que le mandaran. El pueblo entonces, no pudiendo ya sufrir ni aun el poder que él ha dado, quiere hacerlo todo por sí mismo, deliberar por el Senado, ejecutar por los magistrados, invadir todas las funciones y despojar a todos los jueces.

Desaparece la virtud de la República. El pueblo quiere hacer lo que es incumbencia de los magistrados: ya no los respeta. Desoye las deliberaciones del Senado: pierde el respeto a los senadores y por consiguiente a los ancianos. Cuando a los ancianos no se los respeta, no se respeta ni a los padres: luego los maridos no merecen ya ninguna deferencia ni los maestros ninguna sumisión. Todos se aficionarán a este libertinaje: no respetarán a nadie ni las mujeres, ni los niños, ni los esclavos. Perdida la moral, se acaban el amor al orden, la obediencia y la virtud.” Montesquieu. El espíritu de las leyes. Capítulo II. Libro VIII

<sup>24</sup> Bolívar era un firme seguidor del constitucionalismo romano defendido por Rousseau. Ya en Angostura, en 1817, Bolívar había dicho: “La constitución romana es la que mayor poder y fortuna ha producido a ningún pueblo del mundo” y había comprendido la realidad política romana, al menos en lo que mal se entendió por muchos como la tripartición de poderes en Roma, incomprendiendo la tesis de Polibio sobre la constitución mixta, y es por esto que dice en Angostura: “Los cónsules, el senado, el pueblo, ya eran legisladores , ya magistrados, ya jueces, todos participaban de todos los

republicana con instrumentos de participación directa de los ciudadanos, como lo demuestra por ejemplo:

- a) La figura establecida en la Constitución de Cundinamarca de 1811<sup>25</sup>, para algunos autores no solo la primera constitución de Colombia sino también la primera de la América hispánica<sup>26</sup>, la cual facultaba a cualquier ciudadano para reclamar ante una corporación encargada de velar por la Constitución y los derechos del pueblo, cuando creyere que cualquiera de los poderes públicos constituidos había infringido el texto constitucional, lo que configuraba a través de una acción popular un claro control de constitucionalidad.<sup>27</sup>

---

poderes". (BOLÍVAR, Simón. Mensaje al Congreso. Citado por CATALANO, Pierángelo: "Conceptos y principios del Derecho Público Romano, de Rousseau a Bolívar". En *Constitucionalismo Latino I*, Instituto Universitario di Studi Europei, Torino, 1991, p. p 35-59).

<sup>25</sup> "Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución" (Art. 9 del título I). RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. "Tres ideas Constitucionales". Pág. 17.

<sup>26</sup> UPRIMNY, Leopoldo. "Verfassungsgerichtsbarkeit in Kolumbien". Estudio presentado al coloquio internacional convocado por el instituto Max Planck para derecho y derecho internacional extranjeros, incluido en el volumen colectivo *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Heidelberg, 1962, Heymanns Verlag KG, Köln- Berlín. Dice Uprimny: "La Constitución del "Estado" de Cundinamarca fue la primera constitución de la antigua América española."

<sup>27</sup>"Habrá un Senado de Censura y Protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquiera ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución." Artículo 9. Constitución de Cundinamarca de 1811

- b) El desarrollo de un modelo alternativo a la tripartición de poderes, de control colectivo y democrático del poder, presente en la Constitución de Bolivia de 1826, que en su Art. 8 declara: “El Poder Supremo se divide para su ejercicio en cuatro secciones: Electoral, Legislativa, Ejecutiva y Judicial”. El Art. 19 a su vez significó “El Poder Electoral lo ejercen inmediatamente los ciudadanos en ejercicio, nombrando por cada ciento un elector”. El Art. 26 declaraba: “El Poder Legislativo emana inmediatamente de los cuerpos electorales nombrados por el pueblo; su ejercicio reside en tres Cámaras: Tribunales, Senadores y Censores.” Se puede apreciar fácilmente, por tanto, que la concepción del poder y control popular está presente en el llamado poder electoral; o,
- c) La incorporación en Colombia, que en ese momento se llamaba la Nueva Granada, de la “acción ciudadana” de inconstitucionalidad, establecida en la ley 3ª de 1850, a través de la cual los ciudadanos directamente podían dirigirse contra las ordenanzas y acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales, constituyendo por tanto un importante mecanismo de control democrático y de participación ciudadana<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup>“Cuando las objeciones hayan versado sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad del proyecto, después de puesta la sanción en el caso del artículo anterior, el funcionario respectivo tiene el deber de pedir inmediatamente la anulación de la ordenanza ante la corte suprema de justicia, y la del acuerdo ante el tribunal del distrito, previo informe del personero provincial o parroquial, en su caso, y sin que por esto se suspenda la ejecución de tales actos.

PARÁGRAFO ÚNICO. Esta disposición no excluye el derecho que tiene todo ciudadano para pedir la anulación, cuando ella no ha sido propuesta por el funcionario a quien corresponde” Artículo 23 de la ley 3ª de 1850. Congreso de la Nueva Granada.

No obstante, desde finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, las Constituciones latinoamericanas se convertirán en copias fieles de las Constituciones europeas, desapareciendo gran parte de estas figuras de participación ciudadana y adoptando el modelo de “democracia” representativa de tripartición de poderes,<sup>29</sup> siendo la reforma constitucional de 1910, realizada en Colombia una excepción a esta regla, que buscó re direccionar el modelo jurídico colombiano por la senda del constitucionalismo.

Como veremos en el presente trabajo, la acción de inconstitucionalidad tuvo referentes durante el siglo XIX, pero desaparecieron con la Constitución regeracionista de 1886, que no estableció mecanismos normativos de control posteriores a la entrada en vigencia y dejaba el control de constitucionalidad de la ley en manos de la Corte Suprema de Justicia y solo a petición presidencial en casos de objeción, con lo que se establecía un control de constitucionalidad preventivo. Y si bien, en

---

<sup>29</sup> Son ejemplos de constituciones representativas: La Constitución Política de Argentina de 1860 que en sus artículos 1° y 22 reza: “La Nación Argentina adopta para su Gobierno la forma representativa Republicana Federal, según lo establece la presente Constitución.” y “ El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete el delito de rebelión.” La Constitución Política de Bolivia de 1938, que en su artículo 1° dice: “Bolivia, libre e independiente, constituida en forma de República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa”. La Constitución de los Estados Unidos del Brasil de 1946, artículo 1°: “Los Estados Unidos del Brasil mantienen, bajo el régimen representativo, una federación y una república. Todo poder emana del pueblo y en su nombre será ejercido”. Las Constituciones de Chile de 1833 y 1925, que respectivamente decían: artículo 2° “El Gobierno de Chile es popular representativo” y artículo 1° “El Estado Chileno es unitario. Su Gobierno es republicano y democrático representativo.” La Constitución Política de la República del Ecuador de 1946, artículo 2° “La República del Ecuador, forma de Estado en que se constituye la Nación ecuatoriana, es unitaria, soberana, independiente, y democrática; y su gobierno es popular, representativo, electivo, responsable y alternativo.”

los años siguientes fue readoptada (1910)<sup>30</sup>, se establecieron muchos obstáculos para su uso efectivo, exigiéndole al accionante una serie de requisitos que ni la Constitución ni la ley pedían, pero que por vía jurisprudencial fueron convirtiendo esta figura en tema de expertos jurisconsultos y alejándola de su verdadera vocación, que no era otra que permitirle al ciudadano hacer control político efectivo a los actos del legislador y del ejecutivo.

Será hasta las últimas décadas del siglo XX, con el auge de lo que algunos autores han llamada el (neo)constitucionalismo latinoamericano<sup>31</sup>, cuyo punto de inicio se ubica en la Asamblea Nacional Constituyente colombiana de 1990-1991<sup>32</sup>, que los nuevos

---

<sup>30</sup> “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 confiere ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que han sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos que han sido acusados ante ella como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.” Artículo 41. Acto Legislativo 03 de 1910

<sup>31</sup> VICIANO, R y MARTÍNEZ, R. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En: Ágora. Revista de Ciencias Sociales. Fundación CEPS. Valencia. España. No. 13. 2005. pp. 55-68.

<sup>32</sup> “Por estas razones, desde hace algunos años, se ha empezado a hablar del neoconstitucionalismo latinoamericano como un nuevo modelo constitucional, cuyos últimos y más representativos textos son la Constitución de Venezuela de 1999, las de Ecuador de 1998 y 2008 y la de Bolivia del 2009. Pero ¿dónde ubicamos el origen de este neoconstitucionalismo latinoamericano? En respuesta a esta pregunta, podemos ubicar el proceso constituyente y la Constitución colombiana de 1991 como la primera manifestación constituyente que define un punto de inflexión en la evolución constitucional no solo latinoamericana, sino mundial. En la Constitución colombiana aparecen, aún de forma imperfecta pero claramente reconocibles, algunos rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnarán y serán desarrollados por los procesos constituyentes ecuatoriano de 1998, venezolano de 1999, boliviano del 2006-2009 y, de nuevo, Ecuador en el 2007-2008; y que, sin duda, conforman las bases del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano. La Constitución colombiana de 1991 constituye, por lo tanto, el punto de

textos constitucionales en el continente vuelven a recuperar figuras como el poder electoral y el poder ciudadano bolivariano, como es el caso de las Constituciones de Venezuela (1999)<sup>33</sup> de Ecuador (2008)<sup>34</sup> o de Bolivia (2009)<sup>35</sup>, o el pleno reconocimiento de la acción de inconstitucionalidad por la Constitución colombiana de 1991 (arts. 40 N° 6, 241, 242 y 379), y están volviendo, en consecuencia, a crear un constitucionalismo con rasgos propios, sin tener como único referente el europeo.

Tanto la novedad de esta hipótesis, como el vacío teórico existente en la academia colombiana sobre la figura de la acción de inconstitucionalidad, hacen que la **utilidad** del trabajo que se presenta a continuación esté totalmente justificada.

En cuanto a la **estructura**, este trabajo se compone de 3 capítulos, los dos primeros son de carácter introductorio y le permitirán al lector la

---

inicio del nuevo constitucionalismo en el continente”. NOGUERA-FERNANDEZ, Albert y CRIADO DE DIEGO, Marcos. “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13(1), pp. 15-49.

<sup>33</sup> La Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999 en su artículo 136, establece: “*El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral*”. En este caso, la concepción del poder popular está presente mediante el “poder ciudadano” (Capítulo IV) y el “poder electoral” (Capítulo V).

<sup>34</sup> La Constitución ecuatoriana de 2008 rompe también la estructura tradicional del Estado liberal basada en la tripartición de poderes y crea una estructura de cinco poderes. Además de los tres tradicionales crea (en el Capítulo quinto del Título IV “Participación y organización del poder”) este poder popular autónomo de ejercicio de control democrático y poder negativo al que denomina Poder o “Función de transparencia y control social” y además, el Poder o “Función Electoral”, ubicado en el Capítulo sexto del mismo Título.

<sup>35</sup> Como ya se dijo la Constitución Boliviana de 2009 tiene aspectos interesantes tales como la elección popular de los magistrados del Tribunal constitucional (artículo 198) o el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad (artículos 59 al 67)

compresión del problema y el tercero buscará darle respuesta al interrogante contenido en el título de la presente investigación, son estos:

I. La Supremacía de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado.

II. La Supremacía Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia.

III. La acción ciudadana de inconstitucionalidad en Colombia

El **diseño de la investigación** como se dijo anteriormente la presente tesis se estructura en tres capítulos, que se complementan entre sí, para el estudio de una garantía de la Supremacía de la Constitución, como lo es la acción de inconstitucionalidad colombiana; en el **primer capítulo** se analizan conceptos como la Supremacía de la Constitución, la jurisdicción constitucional, diferentes modelos de control de constitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad en algunos referentes del derecho comparado, se estudiaron diversos textos constitucionales, tanto latinoamericanos como europeos<sup>36</sup>, que consagran la acción de inconstitucionalidad y se establecieron algunas diferencias o similitudes con la acción colombiana, el método fue el analítico- descriptivo y para finalizar, Para ello, se ha recurrido a una

---

<sup>36</sup> Se han consultado entre otras las Constituciones de Italia de 1947, Alemania de 1949, España de 1978, por tener consagrados diferentes modelos de acción de inconstitucionalidad y las Constituciones de Brasil, México, Ecuador, Bolivia, entre otros, pues permiten observar como el uso de la acción de inconstitucionalidad, con las particularidades de cada ordenamiento jurídico, se ha ido extendiendo por gran parte de América Latina.

metodología analítica-descriptiva, utilizando textos de autores clásicos y contemporáneos de la teoría jurídica y constitucional, según queda constancia en las referencias bibliográficas; para el **segundo capítulo**, se ha expuesto la Supremacía Constitucional en Colombia y explicado los diferentes mecanismos de control de constitucionalidad existentes en Colombia, mostrando su variedad y particularidades, utilizando fuentes normativas colombianas tales como la Constitución y la ley, la jurisprudencia y la doctrina, el método utilizado fue el analítico-descriptivo; en el **capítulo tercero**, se ocupó de la acción de inconstitucionalidad en Colombia, se consultaron textos de historia constitucional, leyes, jurisprudencia, doctrina, que permitieron determinar cuál ha sido la evolución de la acción de inconstitucionalidad como garantía en Colombia, cual es el manejo que la ha venido dando la Corte Constitucional a esta garantía, para concluir, si el tribunal constitucional colombiano, puede o no limitar el acceso efectivo del ciudadano a dicha acción, hubo un análisis teórico de la institución objeto de estudio y críticas al manejo que le ha venido dando la Corte a la institución. Un estudio de este tipo requiere de **fundamentos científicos** multidisciplinarios que abarcan el Derecho Constitucional, la historia y el derecho comparado. La tesis termina anunciando brevemente las conclusiones que se han extraído del mismo y las recomendaciones. En último lugar se apunta la bibliografía y legislación de referencia utilizada.



## **CAPÍTULO 1.**

### **LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, LOS MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

#### **INTRODUCCIÓN**

Para entender la acción de inconstitucionalidad se hace necesario estudiar temas como la Supremacía de la Constitución, la jurisdicción constitucional y los diferentes modelos de control de constitucionalidad. El objeto del presente capítulo es abordar estos temas, pues la acción de inconstitucionalidad es parte de un sistema mayor que reúne diferentes autoridades, procedimientos y mecanismos encaminados a hacer efectiva la Constitución y no puede entenderse de manera aislada.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Sobre la Supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad en Colombia ha dicho la Corte Constitucional: “La supremacía normativa de la Constitución, tiene como su principal garantía la existencia del control de constitucionalidad, a cargo de determinados órganos del poder judicial. En principio, todos los poderes públicos deben velar porque la producción del derecho se ajuste a las reglas formales y contenidos materiales del orden constitucional, del mismo modo que sus actuaciones concretas. Así, los actos del gobierno, la actuación de las autoridades administrativas -y de algunos particulares en casos especiales, las mismas decisiones de los jueces y los actos de legislación, se hallan dominados por el principio de supremacía de la Constitución y sujetos a diversos tipos de exámenes de constitucionalidad de los mismos, en unos casos a través de mecanismos de control concreto de la constitucionalidad de las actuaciones públicas -por vía de acción o excepción- y en otros eventos mediante modalidades de control abstracto de los actos legislativos, las leyes y otras normas generales -por vía de acción o por ministerio de la Constitución.” Sentencia C 415 de 2012. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Mauricio González Cuervo.

Frente al concepto Constitución, autores como Maurizio Fioravanti, sitúan las primeras doctrinas constitucionales en el mundo griego del siglo IV a. C y su noción de *politeía* como ideal de forma de gobierno<sup>38</sup>, para luego dar paso a la *res pública* de los romanos<sup>39</sup> y la *constitución mixta* de la edad media, que se construyó con el paso de los siglos y le permitió a los diferentes estamentos medievales coexistir e interactuar en la esfera de lo público.<sup>40</sup>

La evolución del concepto *Constitución*, continuó durante la modernidad, uno de los primeros casos de control de actos del parlamento por ser contrarios a una disposición supra legal y garantista, se da en la Inglaterra del siglo XVII. En el “*Bonhams Case*” (1610)<sup>41</sup>, el juez Edward

---

<sup>38</sup> “Politeia”, no es más que el instrumento conceptual del que se sirve el pensamiento político del siglo IV para enuclear su problema fundamental: la búsqueda de una forma de gobierno adecuada al presente, tal que refuerce la unidad de la polis, amenazada y en crisis desde distintos frentes.” FIORAVANTI. Maurizio. Constitución: De la antigüedad a nuestros días. Pág. 19. Ed: Trotta. Madrid. 2001.

<sup>39</sup> Fioravanti citando a Cicerón dice: “Ésta es la realidad que siempre debemos tener presente cuando nos encontramos con la conocida definición ciceroniana, tan abstracta y formalizada en apariencia, de la *res publica* como *res* que del pueblo; pero con una condición: que no sea considerado “pueblo toda multitud de individuos agregados de cualquier manera, sino solo aquella que está reunida sobre la base un consenso sobre el derecho y de una comunidad de intereses”” op. Cit. Pág. 28

<sup>40</sup> “En esencia, la constitución mixta sirve en este tiempo para defender el carácter del hecho plural y compositivo de la sociedad y de los poderes que ella expresa, y lo que se teme es el nacimiento de un poder público que rompa este equilibrio, que se sienta legitimado para alimentar sin mediad pretensiones de dominio. En pocas palabras, la constitución mixta de los antiguos se dirige a legitimar fuertes poderes públicos, comúnmente reconocidos, la constitución mixta medieval se dirige a limitar esos mismos poderes.” Op. Cit. Pág. 56

<sup>41</sup> “El supuesto hecho que motiva el fallo es bien conocido. En 1606, el doctor Thomas Bonham, médico ejerciente en la ciudad de Londres, fue requerido, a fin de ser examinado, por el *Royal College of Physicians*. Declarado incompetente para el ejercicio de la medicina tras el pertinente examen, fue multado por haberla llevado a cabo sin la oportuna licencia, prohibiéndole en el futuro el ejercicio de la misma. El doctor Bonham, que había obtenido su título de medicina por la Universidad de Cambridge, hizo caso

Coke declaró que ningún acto del parlamento que vaya contra el derecho común y la razón, podrá ser aplicado, pues son éstos los que le dan sentido a la existencia de las normas estatales, introduciendo así la idea de un "*fundamental law*". Este Juez sostuvo que el *Common Law* gozaba de supremacía sobre los actos del rey y aún sobre las Leyes del Parlamento, siendo éste uno de los precedentes más importantes de la supremacía Constitucional en el mundo.<sup>42</sup>

Los Norteamericanos también hicieron sus aportes al constitucionalismo moderno, la gran innovación de ellos frente a la tradición inglesa de la que son herederos, es la idea del *Higher Law*, un Derecho Fundamental o más alto, superior a cualquier mandato real o parlamentario, este es el derecho que inspira la rebelión de los colonos americanos en su lucha contra la corona inglesa<sup>43</sup>.

---

omiso de la prohibición, por lo que fue condenado a prisión y privado de su libertad, en aplicación de una carta de Enrique VII posteriormente convertida en ley. El doctor Bonham recurrió contra el *Royal College* ante la Corte que presidía sir *Edward Coke*.

La sentencia, del año 1610, entendió, en primer término, que la jurisdicción del *Royal College* no abarcaba el caso en cuestión, y en segundo lugar, que si la ley había atribuido al *Royal College* tal competencia, dicha ley debía ser considerada nula, tesis esta última en la que bien puede verse el germen del *judicial review*." SEGADO. Francisco. La Justicia Constitucional: Una Visión de Derecho Comparado. Págs. 62 y 63. Tomo I. Ed: Dykinson. Madrid. 2009

<sup>42</sup> FIORAVANTI. Maurizio. Constitución: De la antigüedad a nuestros días. Pág. 67 y 68. Ed: Trotta. Madrid. 2001.

<sup>43</sup> "Ya en los famosos argumentos de James Otis en el Writs of Assitence case, de 1761 (que para ADAMS significa "el nacimiento del niño independencia") se atacan las medidas fiscales que azotan a los colonos como contrarias a the fundamental principles of law, de lo que deduce que an Act against Constitution is void (una ley contra la Constitución es Nula) y que los tribunales deben inaplicarlas (the courts must pass Duch Acts into disuse).Igualmente SHARP, en su básico libro A declaration of people's natural right to a share in the legislatura, 1774, una de las fuentes del movimiento, juzga, con base en la Magna Carta, que el juicio por los pares y no por los jueces extraños es "el primero y más esencial derecho de la Constitución", estimando que juzgar irlandeses (o norteamericanos) en Inglaterra era contrario al fundamental Law y que la ley que lo autorizaba era, por tanto, un unconstitutional act of Parliament, una ley inconstitucional

Después de doscientos años de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, especialmente para aquellos estados pertenecientes al modelo jurídico romano germánico, el ordenamiento jurídico es entendido como un compendio de normas y la Constitución como la norma de mayor jerarquía. Este trabajo hará uso del concepto constitución en sentido amplio, no solo entendida como la norma que establece la estructura del Estado, la elección de los diferentes órganos del Estado y la asignación de competencias de los mismos; sino también como fuente de derechos humanos, que establecen de manera clara límites al ejercicio del poder estatal<sup>44</sup>.

---

del Parlamento.” Eduardo García de Enterría. “La constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”, Editorial Civitas. Madrid. 1991.

<sup>44</sup> “Surge de ello la noción de Constitución en sentido amplio. Es esta noción amplia la que está presente cuando las constituciones modernas contienen no solo reglas sobre los órganos y el procedimiento de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales. De esta forma –este es el sentido primordial, si no exclusivo, de esta práctica- la Constitución traza principios, directivas y límites al contenido de las leyes futuras. Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantizar a los sujetos un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etc., la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. Así, la Constitución no es únicamente una regla procedimental sino también una regla sustantiva; y, por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración, bien por razón de un contenido contrario a los principios o directivas formulados en la Constitución.” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N°3. Mayo- agosto de 1998. Pág. 11. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

## 1.1 La Supremacía de la Constitución

En los estados constitucionales y democráticos de Derecho<sup>45</sup>, la validez de las normas está sujeta a la Constitución. Pero la supremacía Constitucional no debe fundamentarse solo en que es el escalón más alto de la pirámide Kelseniana<sup>46</sup>, sino complementarse con el hecho de que es un compendio de principios y derechos de contenido deontológico que reflejan las necesidades de un pueblo, y además sirven de límite al ejercicio del poder estatal y garantía inherente e intransferible de cada uno de los individuos que integran el Estado.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> En el caso colombiano la supremacía de la Constitución se encuentra reconocida por el mismo texto constitucional de 1991, que en su artículo 4° dice: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicaran 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.”

<sup>46</sup> “Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez. En cuanto fuente común, esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden. Y el que una norma pertenezca a un orden determinado deriva solo del hecho de que su validez pueda ser referida a la norma fundamental que constituye ese orden.” KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Pág. 94. Ed: Editora Nacional. Ciudad de México. 1981

<sup>47</sup> “Existen diversas concepciones de constitución y del constitucionalismo jurídico. Un rasgo común a todas ellas puede encontrarse en la idea de la subordinación de los poderes públicos –incluso el legislativo- a una serie de normas superiores, que son las que en las actuales constituciones establecen derechos fundamentales. En este sentido, el constitucionalismo, como sistema jurídico, equivale a un conjunto de límites y vínculos, no solo también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y, como teoría del derecho, a una concepción de la validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos.” FERRAJOLI. Luigi. Un debate sobre el Constitucionalismo. Pág. 11. Ed: Marcial Pons. Madrid. 2012

Son los norteamericanos, quienes establecen la idea supremacía constitucional como base del constitucionalismo normativo y es en la segunda parte del artículo 6° de la constitución de 1787, donde expresamente se plasma tal criterio<sup>48</sup>, más como una herramienta de unidad y coerción, que como una declaración de derechos humanos. Nada dijo el texto constitucional de Filadelfia, acerca de quién debía ser el encargado de velar que todos los órganos del Estado cumplan con la Constitución, pero desde 1803, aunque no se encuentran expresamente consagrados en el texto constitucional, se ha aplicado el precepto conocido como el *judicial review* o control judicial de constitucionalidad, en aras de preservar la supremacía de la Constitución sobre todas las leyes estatales y federales.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”. Constitución de los EEUU de 1787, Artículo 6°.

<sup>49</sup> “La posición del control judicial dentro del proceso político queda aclarada con una exposición histórica. Marshall lo ejerció por primera vez en un caso (*Marbury v. madison, 1 Cranch, 1803*) que hacía referencia a la ley federal, pero en la segunda aplicación históricamente fundamental (*McCulloch v. Maryland, 4 Wheat. 316, 1819*), se trata de la estructura federal de la Unión. En este caso se declaró nula una ley de un Estado miembro en base a la cláusula del artículo 6 sobre la supremacía de la Constitución. Desde un principio, el control judicial se aplicó, pues, en el campo de las relaciones entre la Unión y los Estados. Más tarde fue aplicada frecuentemente, aunque no siempre, cuando se trataba de ampliar la competencia federal a costa de los Estados. Esto confirma el hecho de que en cualquier orden estatal federal es indispensable un órgano para ajustar los conflictos entre el Estado central y los Estados miembros, ya que de otra manera se hundiría la estructura del federal.” LOEWENSTEIN. Karl. "Teoría de la Constitución", Pág. 310 y 311, Editorial Ariel, Barcelona, 1983.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la sentencia *Marbury vs Madison*, le entregó al poder judicial la facultad de revisar la constitucionalidad de los actos del legislador y del ejecutivo<sup>50</sup>.

Ni Montesquieu en "El Espíritu de las leyes" (Libro XI)<sup>51</sup>, ni Hamilton en el "Federalista" (Numero 78)<sup>52</sup>, concibieron el poder judicial como una fuerza de oposición frente al gobierno y el legislador<sup>53</sup>, con el fallo de

---

<sup>50</sup> "O la Constitución es una ley superior y suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al legislativo le plazca.

Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza." Sentencia *Madison vs Marbury*, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, Juez Marshall, 24 de Febrero de 1803. Fuente: *Marbury v. Madison* (1, Cranch, 137, 1803). Traducción realizada por el profesor Ignacio Fernández Sarasola.

<sup>51</sup> "De los tres poderes que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo." MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Ed: Porrúa. Pág. 106. México. 1977

<sup>52</sup> "Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son." HAMILTON. Alexander. *El Federalista* 78.

<sup>53</sup> "A Montesquieu no se le ocurrió pensar que el "poder" judicial pudiese constituirse en una fuerza de oposición frente al gobierno y al legislador. tampoco *the federalist*, en la famosa exposición de Hamilton sobre el poder judicial (núm. 78), se vio inducido a

John Marshall, los jueces, se convirtieron en un verdadero tercer poder, es lo que muchos han llamado "judiciocracia" o "el gobierno de los jueces."<sup>54</sup>

En referencia a la supremacía Constitucional, hubo otros fallos, incluso anteriores al *Madison vs Marbury*,<sup>55</sup> en los cuales cortes estatales y la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, reconocieron la Supremacía de la Constitución frente a otras normas.

Aunque los constitucionalismos norteamericano y europeo de finales del siglo XVIII, beben de las mismas fuentes teóricas, en la práctica no se desarrollan de la misma manera, pues no reflejaban sociedades iguales<sup>56</sup>, las viejas castas en Europa impiden que se consolide la

---

mantener una opinión diferente" Loewenstein. Karl. "Teoría de la Constitución", Pág. 309, Editorial Ariel, Barcelona, 1983.

<sup>54</sup> Edouard Lambert. "El Gobierno de los Jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos". Editorial Tecnos. Madrid. 2010.

<sup>55</sup> Algunas decisiones judiciales que establecen supremacía constitucional en EEUU previas a la sentencia *Madison vs Marbury* de 1803, fueron:

*Caso Commonwealth vs. Caton (Virginia, 1782)*

*Caso Bayard vs. Singleton (Carolina del Norte, 1787)*

*Caso Vanhorne's Lessee vs. Dorrance (Pennsylvania, 1795):*

*Caso Hylton vs. United States (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1796)*

Para un análisis del contenido de las anteriores sentencias ver: GONZALEZ QUINTERO. Rodrigo. *Ley fundamental, Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad: Una aproximación distinta a la sentencia Marbury vs Madison, y a los orígenes de la justicia constitucional*. En: Revista Jurídicas. Vol. VIII, Numero 2. Pág. 13 a 29. Universidad de Caldas. Colombia.

<sup>56</sup> "Ya he dicho en el capítulo precedente que entre los emigrantes que fueron a establecerse en las costas de Nueva Inglaterra reinaba una gran igualdad. En esta parte

soberanía popular y en cambio dan paso a la soberanía nacional<sup>57</sup>, excluyente y que es ostentada por los burgueses y cuyo directo representante será el legislador.

A la burguesía le costó mucho tiempo hacerse con el poder en Francia, cuando lo consigue en 1789, encuentra en el liberalismo clásico el sustento ideológico para el nuevo sistema de gobierno y en la soberanía del parlamento quien la representa, la manera de asegurarse en el poder.

Los franceses, con la manifiesta desconfianza en el órgano judicial y la influencia del concepto Montesquiano de división del poder público alrededor de la ley, entregan la facultad de canalizarlo para evitar su abuso y garantizar los derechos civiles y políticos al legislador, éste se convierte en el depositario de la voluntad general y la ley en la materialización de dicha voluntad. La supremacía de la constitución en

---

de la unión nunca se introdujo el germen de la aristocracia. Nunca pudieron asentarse en ella más que influencias intelectuales (una especie de patronazgo intelectual)...

Esto pasaba al (norte) este del Hudson. Al (sur) sudoeste de este río y bajando hasta la Florida, era de otra manera.

En la mayor parte de los Estados situados al sudoeste del Hudson fueron a establecerse grandes propietarios ingleses. Habían importado los principios aristocráticos y con ellos las leyes inglesas sobre las sucesiones. He dado a conocer las razones que impedían el establecimiento en América de una aristocracia poderosa. Estas razones aún subsistentes al sudeste del Hudson, tenían allí, sin embargo, menos poder que al (norte) este del río. Al sur un solo hombre podía cultivar una gran extensión de terreno con la ayuda de los esclavos. En esa parte del continente se veían ricos propietarios territoriales, pero su influencia no era precisamente aristocrática como se entiende en Europa, puesto que no poseían ningún privilegio y el cultivo por esclavos no creaba arrendatarios y, por consiguiente, tampoco les daba patronazgo.” TOCQUEVILLE. Alexis de. La Democracia en América. Pág. 179. Editorial Trotta. Madrid. 2010

<sup>57</sup> Francisco Pérez Royo. “Curso de Derecho Constitucional”. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2007, Pág. 137 y ss.

Francia, gran parte de Europa y América Latina incluyendo Colombia<sup>58</sup>, da lugar durante el siglo XIX a la supremacía de la ley.<sup>59</sup>

Occidente vivió un renacimiento constitucional después de la Primera Guerra Mundial<sup>60</sup>, pero más decididamente a partir de la Segunda, con los procesos de implementación de las democracias constitucionales, primero en Europa y posteriormente en América Latina, pues frente a la barbarie, la destrucción y la vergüenza, se ve en el constitucionalismo la posibilidad impedir que la historia se repita.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> En Colombia se expide la Ley 153 de 1887, que en su artículo 6° expresamente establece la referencia de la Ley sobre la Constitución en los siguientes términos: “Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución”. Este artículo solo será derogado con la reforma constitucional de 1910, de suma importancia para el constitucionalismo colombiano, pues desde entonces se consagra la acción ciudadana de inconstitucionalidad, tema central de la presente investigación.

<sup>59</sup> “La versión francesa, hostil a las intervenciones de los tribunales en la función legislativa, se remonta a la revolución: la Constitución de 1791 (Artículo 151) prohibió toda “intrusión” de la jurisprudencia en el campo de la legislación o de la ejecución. Esta prohibición fue motivada, en parte, por los abusos bajo el *ancien régime* y, en parte, también por haber tomado en serio el principio de la separación de poderes.” LOEWENSTEIN. Karl. “Teoría de la Constitución”, Pág. 316. Editorial Ariel, Barcelona, 1983.

<sup>60</sup> Algunos ejemplos del constitucionalismo europeo de principios del S. XX son la Constitución de Alemania de 1919, las Constituciones Austriaca y Checoslovaca de 1920 y la Española de 1931

<sup>61</sup> “Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de gobierno no democrático o de una tensión interna importante pueda encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la Justicia Constitucional en su forma de gobierno.” Mauro Capelletti. *¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 17, Madrid, 1986.

Los tribunales constitucionales surgen de la necesidad de someter a todos los órganos del Estado a la Constitución<sup>62</sup>, pero muy especialmente al legislador, pues el modelo del Estado de Derecho basado en el imperio de la ley había fracasado, la idea de que la ley es el resultado racional y lógico, que expresa la voluntad general, es replanteada, la supremacía de la ley le da de nuevo paso a la supremacía de la Constitución.<sup>63</sup>

La relación entre la supremacía de la Constitución como columna vertebral del Estado Constitucional y Democrático de Derecho y la jurisdicción constitucional, como el conjunto de competencias atribuidas a las autoridades que ejercen el control y la determinación de estas mismas, es indiscutible y su estudio necesario.

## 1.2 La jurisdicción constitucional

Partiendo de la noción de constitución en sentido racional normativo<sup>64</sup>, la jurisdicción constitucional encaja dentro del contexto del estado liberal<sup>65</sup>,

---

<sup>62</sup> Kelsen hablando del tribunal constitucional dice: "Su independencia, tanto frente al Parlamento como frente al gobierno, es un postulado evidente. Porque son preciosamente Parlamento y gobierno, en su calidad de órganos que participan en el procedimiento legislativo, quienes deben ser controlados por la jurisdicción constitucional." KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N°3. Mayo- agosto de 1998. Pág. 29. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

<sup>63</sup> BALAGUER. María Luisa. *El recurso de inconstitucionalidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. Pág. 7 y ss.

<sup>64</sup> "Concibe la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas. No representa

y en la praxis su concepción tuvo tres grandes variantes: el modelo norteamericano, el modelo francés y el modelo austriaco.

La jurisdicción, puede definirse como la función específica estatal por la cual el poder público satisface pretensiones<sup>66</sup>, en el caso de la jurisdicción constitucional diremos entonces que es el conjunto de competencias atribuidas a una o varias autoridades, encaminadas a hacer efectiva la supremacía de la Constitución, siendo esta la verdadera pretensión. Incluso en el caso colombiano, la Corte Constitucional ha elevado a la categoría de derecho ésta pretensión y ha hablado del derecho a la vigencia efectiva y cierta de la Constitución<sup>67</sup>.

---

una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una vez para siempre u de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que subsuman todos los casos particulares posibles. En esencia se trata de una aplicación concreta y sistematizada del concepto de ley con que opera el liberalismo, de la creencia en la posibilidad de una planificación de la vida política, de una racionalización de acaecer político.” GARCÍA-PELAYO. Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Pág. 34. Alianza Editorial. Tercera edición. Madrid. 1993.

<sup>65</sup> VERGOTTINI. Giuseppe. *Sobre la efectividad del control jurisdiccional de constitucionalidad en los ordenamientos iberoamericanos*, en REDC, núm. 8, 1983, págs. 97 y 98.

<sup>66</sup> GUASP. Jaime. “Derecho Procesal Civil”. Civitas. Madrid, 1961, tomo 1, pág. 105.

<sup>67</sup>“El primer derecho de todo nacional es el que tiene a la vigencia efectiva y cierta de la Constitución Política. Y el mecanismo del control de constitucionalidad, que en Colombia tiene una de sus expresiones en los procesos que ante esta Corte se surten a partir del ejercicio de la acción pública, busca hacer efectiva la supra legalidad de la Constitución y posibilita el libre ejercicio de ese derecho ciudadano”. Sentencia C- 536 de 1998, M.P, José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional de Colombia.

### 1.3 Modelos de control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad es consecuencia directa de la supremacía constitucional, si la Constitución es norma de normas y el mapa de ruta de un Estado, entonces todos los poderes constituidos deben actuar conforme a ella, de ahí la necesidad de que exista una autoridad encargada de hacer cumplir la Constitución, adecuar todos los actos de los diferentes órganos del Estado a los preceptos constitucionales y que exista un procedimiento constitucional.<sup>68</sup>

En occidente se han diseñado diferentes modelos de control de constitucionalidad, pero de acuerdo a la autoridad que lo realiza, inicialmente surgieron dos: el norteamericano y el francés y con posterioridad se crea el control de constitucionalidad concentrado o austriaco.

---

<sup>68</sup> En el caso colombiano no queda duda de la fuerza vinculante de las decisiones de Corte Constitucional y del deber de todos los poderes públicos y de los particulares de acatarlas, ya sean en control abstracto o concreto de constitucionalidad, los cuales serán tratados en el presente trabajo. En este sentido la Corte ha dicho: “Los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (*erga omnes* en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e *inter partes* para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la *ratio decidendi*, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior.” Sentencia C 634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional de Colombia.

### 1.3.1 Control de constitucionalidad difuso o norteamericano

La independencia de los EEUU nace recelosa con el poder legislativo, pues es el parlamento inglés quien autoriza el incremento de impuestos, que llevará a las trece colonias norteamericanas a declarar su emancipación de la metrópoli<sup>69</sup>, pero son respetuosos del poder judicial pues son herederos del modelo jurídico del *common law*.

Por eso, no es extraño que confíen en los jueces el papel de velar por el cumplimiento de su constitución. Situación que será evidente desde el fallo del Juez Marshall, en la sentencia *Madison vs Marbury*, el cual ya fue abordado en el presente escrito, donde se estableció el denominado “*Judicial review*”. Allí se consagró la facultad que tiene el poder judicial de efectuar control de constitucionalidad de los actos de los demás poderes públicos, partiendo de la idea de que éstos representan al pueblo, quien a su vez ostenta el poder constituyente, que está por encima de los poderes constituidos<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> “La revolución americana nace bajo el lema de oposición de la constitución a la ley del parlamento. Así, en las deliberaciones de la asamblea de Virginia de 30 de mayo de 1765 podemos leer que el acto impositivo de tributos por parte del parlamento inglés debe considerarse “ilegal, inconstitucional e injusto”. Es la primera vez que el término-concepto de “constitución” es adoptado contra ley en sentido plenamente normativo con la explícita intención de considerar esa ley inválida, no generadora de una obligación legítima” FIORAVANTI. Maurizio. Constitución: De la antigüedad a nuestros días. Pág. 104. Ed: Trotta. Madrid. 2001.

<sup>70</sup>“En definitiva, el control de constitucionalidad es esencial e indispensable no solo como instrumento de protección de los derechos de los individuos y de las minorías –como el mismo Hamilton afirmaba- en relación con los posibles actos arbitrarios de los legisladores y de las mayorías políticas, sino también y sobre todo con el fin de impedir que uno de los poderes públicos, el más fuerte, que siempre es el poder legislativo, pueda aspirar a cubrir y representar todo el espacio de la constitución, identificándose con su fundamento primero, con el mismo pueblo. Es como si los jueces, actores e instrumentos de aquel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber recibido del

Para los norteamericanos es muy importante la idea del respeto por la decisión judicial previa, existente en un caso semejante. Acatar el precedente tiene carácter obligatorio (puede ser uno y no tienen que ser varios), es lo que han llamado *stare decisis* y debe obedecerse, así haya sido establecido hace un año, un siglo o incluso, si la regla de derecho que establece, para el caso concreto posterior, se considera inapropiada.<sup>71</sup>

La obligatoriedad del precedente puede fijarse en dos sentidos: el deber que tienen los jueces de menor jerarquía de acatar lo que han dicho los jueces de mayor jerarquía en casos similares (*stare decisis vertical*) y el deber que tiene un juez de acatar lo que el mismo ha dicho en casos semejantes (*stare decisis horizontal*), si un juez no acata el *stare decisis* vertical u horizontal, la parte afectada podrá exigir su cumplimiento a través de la apelación.<sup>72</sup>

La fuerza vinculante del *stare decisis* no es absoluta, pues es posible apartarse del precedente y a esto se le llama *overruling*.<sup>73</sup> La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha dicho que la regla del

---

pueblo soberano mediante la constitución.” FIORAVANTI. Maurizio. Constitución: De la antigüedad a nuestros días. Pág. 109. Ed: Trotta. Madrid. 2001.

<sup>71</sup> ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law* (traducc. WEIR, T. 3A EDICION REVISADA. PAG 260. Oxford. Clarendon Press)

<sup>72</sup> LOPEZ GARRIDO. Diego. Nuevo Derecho Constitucional Comparado. Pág. 106. Ed: Tirant lo Blanch. Valencia. 2000

<sup>73</sup> “Hay muchos supuestos –algunos abogados estadounidenses dirían que demasiados– en los que la Corte Suprema ha derogado (overruled) una decisión suya anterior.” CROSS, Rupert y HARRIS, Jim, *Precedent in English Law*. (4ª edición. Oxford, Clarendon Press)

*stare decisis* no es un “mandato inexorable”<sup>74</sup> o que sus decisiones “permanecen como precedente vinculante hasta que consideramos adecuado reconsiderarlas”<sup>75</sup>. Esta posibilidad se ha hecho evidente, especialmente en temas constitucionales, en los que la misma Corte ha dejado claro, en múltiples sentencias<sup>76</sup>, que tiene el poder de variar su propia jurisprudencia en aquel caso en el que la considere errada<sup>77</sup>.

El *judicial review* es un control de constitucionalidad concreto y sus efectos *inter partes*, pues el control recae sobre la aplicación de una norma en un caso concreto y la decisión consiste en una orden de

---

<sup>74</sup> Planned parenthood vs Casey. 1992. Corte Suprema de Justicia de los EEUU.

<sup>75</sup> Hohn vs United States. 1998. Corte Suprema de Justicia de los EEUU.

<sup>76</sup> Pueden estudiarse los siguientes referentes: *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 665-666 (1944);

*Glidden Co. v. Zdanok*, 370 U.S. 530, 543 (1962); *Edelman v. Jordan*, 415 U.S. 651, 671 (1974); *Illinois*

*Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 736 (1977); *Monell v. Department of Soc. Svcs.*, 436 U.S. 658, 695

(1978); *Thomas v. Washington Gas Light Co.*, 448 U.S. 261, 273, nota 18 (1980); *Payne v. Tennessee*, 501

U.S. 808, 827-828 (1991); *Hubbard v. United States*, 513 U.S. 695, 712, nota 11 (1995); *Seminole Tribe of*

*Florida v. Florida*, 571 U.S. 44, 63 (1996); *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 235-236 (1997).

<sup>77</sup> “El *stare decisis* es habitualmente la política judicial sabia, porque en la mayor parte de las materias, resulta más importante que la norma de Derecho se encuentre firmemente establecida, en vez de encontrarse correctamente establecida. Pero en los casos en que se encuentra involucrada la Constitución Federal, en los que la corrección a través de la acción legislativa es prácticamente imposible, este tribunal ha modificado a menudo sus sentencias anteriores. La Corte se inclina ante las lecciones de la experiencia y la fuerza de un mejor razonamiento, reconociendo que el proceso de ensayos y errores, tan fructífero en las ciencias físicas, también es apropiado en la función judicial.” *Burnet vs Coronado Oil and Gas Co.* Corte Suprema de Justicia de los EEUU. 1932

“inaplicación” normativa es decir, el juez da la orden de inaplicar<sup>78</sup> la norma en el caso en cuestión por ser contraria a la Constitución y la decisión comprometerá solo a las partes. La norma por lo tanto no sale del ordenamiento jurídico, pero teniendo en cuenta que se trata de un modelo donde la jurisprudencia tiene verdadera fuerza vinculante, los jueces deberán aplicar el precedente en casos similares, más aún cuando el precedente es fijado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, como intérprete final y definitivo de la Constitución.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> La posibilidad de los jueces en Norteamérica de inaplicar normas en aquellos casos en los que contradicen la Constitución, es establecida por Hamilton en el *Federalista*, en estos términos: “Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y así ocurriere entre las dos una discrepancia debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambas y que donde la voluntad de la legislatura declarada en sus leyes se halla en oposición con la del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última, de preferencia a las primeras.” HAMILTON. Alexander. *El Federalista*. Pág. 340. Fondo de Cultura Económica. México. 1943.

<sup>79</sup> En Colombia la garantía del *stare decisis* u obligatoriedad del precedente judicial ha ido ganando importancia en vigencia de la Constitución de 1991, sobre el tema existe sentencias emblemáticas tales como la C 083 de 1995, la C 836 de 2001 y la C 634 de 2011. Dicho sistema se sustenta en las directrices de unificación jurisprudencial marcadas por la Altas Cortes, que en Colombia son 3: Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria; Consejo de Estado, máxima autoridad de la jurisdicción contenciosa administrativa y Corte Constitucional, en calidad de garante de la Constitución, aunque no la única. Sobre el tema ha dicho la Corte:

"Cuando el término de comparación no está dado por los propios precedentes del juez sino por el de otros despachos judiciales, el principio de independencia judicial no necesita ser contrastado con el de igualdad. El juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-.083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de

El modelo Norteamericano, inspiró en 1910 la creación de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, la cual sigue aún vigente y le permite a todos los servidores públicos e incluso a particulares con el deber de aplicar una norma jurídica, no hacerlo y preferir la Constitución. Los efectos de la inaplicación de la norma son *inter partes* y no *erga omnes*, sin embargo por la influencia jurídica del modelo europeo continental, dicha institución no alcanzó en Colombia mayor eficacia. Las particulares de este instrumento de control de constitucionalidad serán abordadas en el capítulo II de la presente investigación.<sup>80</sup>

---

la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución." Sentencia T-123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional de Colombia.

<sup>80</sup> "La idea de la supremacía constitucional, que sin lugar a dudas fue tomada de la experiencia jurídica norteamericana, no se consolidó en su totalidad, a pesar de los distintos intentos para que su consagración se hiciera desde los mismo albores de nuestra independencia. Por otra parte, en Colombia, como en todos aquellos ordenamientos que se vertebran en torno a la visión civilista impuesta por la fuerza sugestiva de la revolución francesa y el código de Napoleón, arquitectura expresiva de la más depurada racionalización jurídica, el poder judicial nace estigmatizado y se concibe como un súbdito incondicional de la ley o de la voluntad del legislador.

Esta cultura legalista, escenario cotidiano de nuestras reflexiones y practicas jurídicas, no permitió la asimilación apropiada de la excepción como forma de control constitucional, pues el poder judicial carencia de la autonomía necesaria que activara o dinamizara esa modalidad prescindiendo del consentimiento de la ley y realizando una lectura que condujera a la aplicación directa de la Constitución...

...Fue en esa coyuntura que prevaleció finalmente la forma de control constitucional que acudía a la acción como medio más idóneo para lograr una decisión que solucionara los conflictos normativos de carácter vertical suscitados entre la ley u otras normas jerárquicamente inferiores y la Constitución. Solución esta que exhibe, en sus decisiones, las citadas características: son formales, generales y definitivas.

Por el contrario, la huella de la solución exceptiva, de a raíz angloamericana, permaneció simplemente aferrada al texto, ya legal, ya constitucional, como puede ver el recuento histórico anterior; esta solución o vía de control estuvo siempre expuesta al olvido, salvo

### 1.3.2 Control de constitucionalidad francés

Los revolucionarios franceses sitúan la soberanía en la Nación<sup>81</sup> y desde sus inicios, este modelo encuentra en el protagonismo del legislador y la importancia dada a la ley, la herramienta para concretar la voluntad general.<sup>82</sup>

La naturaleza de la Constitución es política y no jurídica, por lo tanto no podrá la Carta Magna someter la voluntad soberana de la nación que se hace manifiesta en la ley<sup>83</sup>. Los revolucionarios franceses, que desconfiaban del poder judicial<sup>84</sup>, fueron reacios a someter a la ley al

---

atrevidas y circunstanciales actitudes, tildadas como extravagantes, de algún juez temerario decidido a exponerse a una investigación por prevaricato, o de algún jurista litigante al aventurero y francamente empecinado.” HERRERA GOMEZ. Ana Lucia y otros. La Inaplicabilidad de la Jurisdicción Constitucional. Editorial Universidad de Antioquia. Primera Edición. Medellín. 2002. Págs. 95 y 96.

<sup>81</sup> “El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún órgano, ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.” Artículo 3°. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789

<sup>82</sup> “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.” Artículo 6°. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789

<sup>83</sup> “Había una persona soberana, que era el rey. Era necesario encontrar otra persona soberana que se dirigiera contra él. Entonces los hombres de la revolución han encontrado esta persona soberana en una persona moral: la nación. Han quitado la corona al rey y la han puesto en cabeza de la nación.” BARTHÉLEMY-DUEZ. *Traité élémentaire de Droit Constitutionnel*. Pág. 74. París. 1933.

<sup>84</sup> “También era apreciable el recelo existente en la asamblea revolucionaria hacia los jueces en Francia originado en la mera pugna por el poder y en ciertos argumentos históricos que se fijaban en la vinculación de los *Parlements* (Tribunales superiores) al orden feudal. No obstante, este recelo provenía ya del Antiguo Régimen; así en 1667 Luis XIV dictó disposiciones prohibiendo a los tribunales toda aplicación del derecho que no fuese mero automatismo legal.” HURTADO M. Juan Antonio. *Evolución del sistema*

control de constitucionalidad, a pesar de que de manera temprana en 1795<sup>85</sup>, ya se había propuesto la creación de un jurado constitucional, durante mucho tiempo el guardián de la constitución fue el legislador, con lo que se configuró un control de constitucionalidad “político”, porque lo realizaba una autoridad de naturaleza política como lo es el legislador, quien representaba la voluntad general y “previo”, pues se realizaba durante el trámite legislativo.<sup>86</sup>

Sin embargo, y como consecuencia de los aires de constitucionalismo que se dan al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en 1958 se crea el Consejo Constitucional Francés<sup>87</sup>, que un principio tuvo un papel

---

*francés como modelo de control de constitucionalidad.* En: Revista de Derecho UNED, Núm. 10, 2012. Pág. 712

<sup>85</sup> “Aunque no pueda hablarse de que la problemática del control judicial de constitucionalidad suscitara una acentuada preocupación de los revolucionarios franceses, lo cierto es que, en un determinado momento, la cuestión sí iba a suscitar cierta controversia. Protagonista destacadísimo de la misma sería Emmanuel Sieyes, quien posiblemente, como advierte Blondel, consciente de los excesos a que podía conducir la omnipresencia de una Asamblea única, y tras los excesos del “terror”, proponía en 1795 (en primer proyecto) la creación de un *jure constitutionnaire*, cuya competencia esencial será “juger les réclamations contre toute attente qui serait portée a la constitution”

<sup>86</sup> “El concepto de voluntad general en Rousseau que fue asimilado plenamente en Francia a través de su proceso revolucionario conllevaba, en definitiva, un predominio del legislativo casi absoluto, en contraposición con la idea americana<sup>8</sup> de que el legislativo no es la única fuente del derecho.” HURTADO M. Juan Antonio. *Evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad.* En: Revista de Derecho UNED, Núm. 10, 2012. Pág. 714

<sup>87</sup> “Hasta el año 1958, año de entrada en vigor de la Constitución de la Quinta República Francesa, el Ordenamiento jurídico francés aparecía caracterizado por la influencia del mito de la omnipotencia del legislador parlamentario, impuesto desde el fin de la Revolución del dieciocho y que significó un insuperable obstáculo teórico frente a la instauración de un sistema de control de constitucionalidad que afirmase la extendida idea de la superioridad de la Constitución” HURTADO M. Juan Antonio. *Evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad.* En: Revista de Derecho UNED, Núm. 10, 2012. Pág. 716.

discreto<sup>88</sup>, pero que durante los últimos cuarenta años ha ido adquiriendo cada vez mayor importancia.<sup>89</sup>

El control de constitucionalidad que realiza el Consejo Constitucional de Francia es de dos tipos: previo (a priori) y posterior (a posteriori), el previo se realiza antes de que las leyes sean promulgadas y se divide en control de constitucionalidad obligatorio<sup>90</sup> y control de constitucionalidad

---

<sup>88</sup> El 6 de noviembre de 1962, el Consejo Constitucional Francés, expide una sentencia que para muchos fue considerada un “suicidio institucional”, al establecer que no era competente para determinar la constitucionalidad de la ley votada directamente por la mayoría del pueblo.

<sup>89</sup> El 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional Francés expide una importante sentencia en dos sentido: por un lado establece el concepto “bloque de constitucionalidad”, como criterio para determinar la constitucionalidad de la ley y de los actos administrativos y por el otro al tener la competencia de hacer valer los principios contenidos en el bloque de constitucionalidad y por el otro el Consejo Constitucional adquiere un protagonismo que hasta ese momento se había negado a tener.

<sup>90</sup> Según el artículo 61, párrafo primero, de la Constitución Francesa de 1958 y el artículo 17 del Decreto legislativo n° 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, sobre el Consejo constitucional, tienen control de constitucionalidad obligatorio:

- Las leyes orgánicas son transmitidas al Consejo constitucional por el Primer ministro, antes de su promulgación.
- Los reglamentos de la Asamblea nacional et del Senado, así como sus modificaciones, son transmitidos al Consejo constitucional por el Presidente de la asamblea afectada, antes de su entrada en vigor.
- Las proposiciones de ley mencionadas citadas en el artículo 11 de la Constitución, antes de que sean sometidas a referéndum: en virtud de la ley constitucional de 23 de julio de 2008, modificando el artículo 11 de la Constitución, un referéndum puede ser organizado por iniciativa de una quinta parte del Parlamento apoyada por una décima parte de los electores inscritos en las listas electorales. Corresponde al Consejo constitucional examinar estas proposiciones, según las modalidades que deben ser determinadas por una ley orgánica (*no aprobada a día de hoy*). <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/-quien-puede-recurrir-al-consejo-constitucional/-quien-puede-recurrir-al-consejo-constitucional.137221.html>

facultativo<sup>91</sup>, en el primero la intervención del Consejo Constitucional es parte del trámite del tipo de ley sometido a este tipo de control, en el segundo, la intervención del Consejo Constitucional es a petición del Presidente de la República, el Primer Ministro, los presidentes de las cámaras, sesenta senadores o sesenta diputados. El control de constitucionalidad posterior, llamado así, porque se realiza sobre una norma que ya ha sido promulgada, surgió recientemente, con el nombre de *cuestión prioritaria de constitucionalidad*<sup>92</sup> y le permite a cualquier

---

<sup>91</sup> Los acuerdos internacionales pueden ser sometidos al Consejo constitucional antes de su ratificación o aprobación, por el Presidente de la República, por el Primer ministro, por el presidente de una u otra cámara, o por sesenta diputados o sesenta senadores. La ampliación del recurso a los diputados y a los senadores trae causa de la ley constitucional nº 92-554, de 25 de junio de 1992 (artículo 54 de la Constitución, artículos 18 y ss. del Decreto legislativo nº 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, sobre el Consejo constitucional).

- Las leyes ordinarias, antes de su promulgación, pueden ser impugnadas por las mismas autoridades: Presidente de la República, Primer ministro, presidente de una u otra cámara, y sesenta diputados o sesenta senadores. La ampliación del recurso a los parlamentarios trae causa de la ley constitucional nº 74-904, de 29 de octubre de 1974 (artículo 61, párrafo segundo, de la Constitución, artículo 18 y ss. del Decreto legislativo nº 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, sobre el Consejo constitucional).

- Las leyes del país de Nueva Caledonia pueden también ser impugnadas, antes de su promulgación y en el plazo de los diez días siguientes a una nueva deliberación del congreso, por el alto comisario, el gobierno, el presidente del congreso, el presidente de una asamblea provincial o dieciocho miembros del congreso (artículo 104 de la ley orgánica nº 99-209, de 19 de marzo de 1999, que aprueba el estatuto de Nueva Caledonia, adoptado con base al artículo 77 de la Constitución). <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/-quien-puede-recurrir-al-consejo-constitucional/-quien-puede-recurrir-al-consejo-constitucional.137221.html>

<sup>92</sup> El artículo 61-1 de la Constitución Francesa de 1958, incorporado mediante ley constitucional de 23 de julio de 2008 y capítulo II bis del Decreto legislativo nº 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, sobre el Consejo constitucional)

Cuando, con ocasión de un proceso en curso ante una jurisdicción –administrativa o judicial- se sostiene que una disposición legislativa atenta contra los derechos y las libertades que la Constitución garantiza, el Consejo constitucional puede ser requerido sobre esta cuestión por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de casación. Este procedimiento de la « cuestión prioritaria de constitucionalidad », concretado por la ley orgánica nº 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, permite a todo justiciable, con

persona que sea parte en un proceso, pedir la revisión de constitucionalidad de una ley que viola derechos o libertades garantizados por la constitución.<sup>93</sup>

En el caso colombiano, el modelo francés decimonónico fue el que nos influenció durante la última parte del siglo XIX,<sup>94</sup> pero a partir de la reforma constitucional de 1910, se establecerán en Colombia dos

---

ocasión de un proceso, de impugnar la constitucionalidad de una disposición legislativa que ya está en vigor. La cuestión puede ser planteada en primera instancia, en apelación o en casación.

El Consejo constitucional solamente está llevado a pronunciarse sobre la cuestión de la conformidad de la ley con los derechos y las libertades garantizados por la Constitución si el Consejo de Estado o el Tribunal de Casación (según si la instancia se desarrolla ante el juez administrativo o el juez judicial) le reenvía la cuestión. Esta transmisión solamente opera si la disposición impugnada es aplicable al litigio en cuyo seno ha sido elevada la cuestión y si no ha sido ya declarada conforme a la Constitución por el Consejo constitucional. Los jueces de primera instancia y de apelación deben también verificar que la cuestión no está desprovista de seriedad. Para el Consejo de Estado y el Tribunal de casación, esta tercera condición les conduce a verificar que la cuestión es nueva o presenta un carácter serio. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/-quien-puede-recurrir-al-consejo-constitucional/-quien-puede-recurrir-al-consejo-constitucional.137221.html>

<sup>93</sup> “La «cuestión prioritaria de constitucionalidad» es el derecho que se reconoce a cualquier persona que sea parte en un proceso o en una instancia de afirmar que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades garantizados por la Constitución.

Si se reúnen las condiciones para la admisibilidad de la cuestión, el Consejo Constitucional, a cuyo examen se someterá dicha cuestión mediante remisión del Consejo de Estado y el Tribunal Supremo, deberá pronunciarse y, en su caso, derogar la disposición legislativa.

La cuestión prioritaria de constitucionalidad fue instaurada por la reforma constitucional de 23 de julio de 2008. Antes de la reforma, no era posible impugnar la conformidad con la Constitución de una ley que ya había entrado en vigor. Desde ahora, los justiciables gozarán de este derecho en virtud del artículo 61-1 de la Constitución.” <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/-quien-puede-recurrir-al-consejo-constitucional/-quien-puede-recurrir-al-consejo-constitucional.137221.html>

<sup>94</sup> Para un estudio más detallado sobre la dogmática jurídica francesa, ver: NINO. Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2005. p. 323 y ss.

garantías encaminadas a hacer efectiva la Constitución de 1886 que romperán con la tradición francesa, son ellas la mencionada excepción de inconstitucionalidad de raíces estadounidenses y acción ciudadana de inconstitucionalidad de particulares propias. La primera, control de constitucionalidad difuso y concreto y la segunda, concentrado y abstracto.

### **1.3.3 Control de constitucionalidad concentrado o austriaco**

La revisión judicial de las normas en los países con tradición europeo continental, entre los que se encuentra Colombia, solo surgirá en el siglo XX, pues para los modelos influenciados por Francia, el control de constitucionalidad no era de carácter jurídico, sino político y dependía de la voluntad del legislador y su máxima obra: la ley.<sup>95</sup>

Durante el siglo XIX y parte del XX, la ley era incuestionable por ser creación de los representantes de la nación y la garantía de la

---

<sup>95</sup> “Así, pues, el Derecho constitucional clásico estaba centrado en torno a lo normativo y, en concreto, a una peculiar especie de normatividad, a saber: la normatividad legal. Al establecer la tipología de los conceptos de constitución, dijimos cómo el concepto racional era una especie de sublimación de la idea de ley propia del liberalismo; es más parece como una parte fundamental, de un orden jurídico-político basado en la legalidad y sólo en la legalidad, y únicamente tiene sentido en relación con tal orden. Esta conexión se acentúa todavía mucho más cuando lo que informa al derechos constitucional es un concepto de constitución jurídico-formal despojado de toda referencia valorativa y política. Por consiguiente, la constitución aparece englobada en el concepto genérico de ley; es, como hemos indicado, una ley con garantías especiales, una ley fundamental, una ley originaria, la norma jurídica primaria en sentido positivo, etc. Y es precisamente en la crisis de este tipo de normatividad, en la crisis de la ley, donde enraíza la del Derecho constitucional y por ende, como veremos después, cabe articularla con la crisis general de nuestro tiempo.” GARCIA- PELAYO. Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Pág. 67 y 68. Alianza Editorial. Madrid. 1993.

Constitución recaía en el poder legislativo, que la hacía efectiva expidiendo leyes.<sup>96</sup>

El modelo concentrado de control de constitucionalidad surge después de la Primera Guerra Mundial<sup>97</sup>, pero se consolida solo a partir de la Segunda, de la necesidad de hacer valer la Constitución y sus garantías como una verdadera norma jurídica y frente a la crisis del Estado liberal de Derecho, la sobrevaloración dada por este a la ley como representación de la voluntad general y la incapacidad del legislador de preservar del equilibrio de los poderes públicos.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> “Por una parte, la representación es legítima, ya que el pueblo no aliena en ella su propia soberanía; por otra parte, el pueblo existe políticamente porque expresa se expresa de manera representativa. Se trata de un teorema casi insoluble, como se aprecia con claridad, del cual sin embargo se sale mediante una firme convicción: que el poder de los representantes del pueblo –que en esencia se traduce en el poder de hacer la ley y de expresar la voluntad general- posee *una naturaleza propia*, distinta de los poderes meramente constituidos, que por ello no puede tener límites constitucionales sino políticos, todos ligados a la fuerza permanente del pueblo soberano y su poder general de revocación de los propios representantes.” FIORAVANTI. Maurizio. Constitución: De la antigüedad a nuestros días. Pág. 114. Ed: Trotta. Madrid. 2001.

<sup>97</sup> “La recepción en Europa de la doctrina americana del control judicial de las leyes va ser, por tanto, muy tardía, concretamente en la primera posguerra de este siglo, en 1919-1920, y va a ser la obra personal, como antes advertí, de un jurista genial, Hans KELSEN. Estructuralmente el sistema kelseniano introduce un cambio básico, que es concretar la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes en un solo Tribunal y no, como el sistema americano genuino, en todos los tribunales, si bien esta pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes se ordene sobre el principio de *stare decisis*, que vincula a todos los Tribunales a la jurisprudencia de la Corte Suprema. La fórmula kelseniana consagra así lo que ha se ha llamado un sistema de “jurisdicción concentrada” frente al sistema de “jurisdicción difusa”, propio del constitucionalismo norteamericano.” GARCÍA DE ENTERRIA. Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Págs. 130 y 131. Ed: Civitas. Madrid. 2001.

<sup>98</sup> “La constitución se erige así en fuente de legitimación del poder, y adquiere rango normativo máximo como fuente de Derecho. La necesidad de generar una defensa del contenido constitucional, exige la creación de una nueva institución vigilante de la propia normatividad constitucional, para lo que se crean los tribunales constitucionales.” BALAGUER. María Luisa. El recurso de inconstitucionalidad. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. Pág. 38

El periodo de entre guerras y el ascenso del fascismo, demostró que aunque los parlamentos y el ejecutivo o al menos parte de él, ostenten una legitimidad democrática, es posible que no representen los intereses de las mayorías o que luego de ser elegidos se alejen del concepto de voluntad general y desconozcan los derechos fundamentales de las minorías.<sup>99</sup>

Cuando el legislador ya sea por complicidad, ya por debilidad, se somete al ejecutivo, se presenta una clara concentración del poder y según la tradición Montesquiana a una natural inclinación a abusar de él<sup>100</sup>: una teoría pensada para evitar el abuso del poder se prestó para abusar del poder.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> “Esa incapacidad de las clases poseedoras de formular un proyecto político capaz de suscitar la adhesión masiva es uno de los factores que llevan a la desparlamentarización de la vida política alemana a partir de 1930. Sin embargo esa desparlamentarización no dio solución a todos los problemas: por un lado, el régimen presidencialista no suscito adhesión alguna, sino que contribuyó a la radicalización de la opinión pública; pero por otro lado, el régimen presidencialista no pudo solucionar otro problema que el parlamento parecía incapaz de resolver: la formulación de un proyecto que conciliara entre sí los intereses de las clases poseedoras” ESTEVEZ ARAUJO. José. La Crisis del Estado Liberal. Pág. 59. Ed: Ariel Derecho. Barcelona. 1989.

<sup>100</sup> “No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! ni la virtud puede ser ilimitada.” MONTESQUIEU. El espíritu de las leyes. Ed: Porrúa. Pág. 103. México. 1977

<sup>101</sup> Claro ejemplo de esto el sistema híbrido entre presidencialismo y parlamentarismo establecido durante la Constitución de Weimar, donde Alemania luego de su “desparlamentización” cayó en la dictadura con el consentimiento del propio parlamento, sobre el tema dice Loewenstein: “La Constitución de Weimar en Alemania probó una conformación nueva de poder. Al parlamentarismo tradicional –completamente desconocido por los alemanes- se le injertó un presidente elegido por el pueblo que, como detentador del poder independiente del gobierno y del parlamento, estaría destinado a jugar un contrapeso frente al Reichstag, elegido también por votación popular, y al gobierno elegido por la mayoría del Reichstag (Dieta del Reich). Este conjunto de objetivos contradictorios condujo a la construcción mortal del proceso del poder de Weimar: el canciller del Reich era designado y destituido por el presidente del Reich (artículo 53), y al mismo tiempo, necesitaba la confianza del Reichstag para desempeñar su cargo (artículo 54). Ambos requisitos solo serían compatibles siempre y

El modelo de control de constitucionalidad concentrado se impondrá primero en Europa y luego en otras partes del mundo,<sup>102</sup> por la decisión política de diferentes procesos constituyentes de establecer un tribunal constitucional, que permitiera la eficacia y durabilidad de las garantías constitucionales, siendo el punto de partida la creación del Tribunal Constitucional austriaco, con gran protagonismo ideológico de Kelsen, quien justificará la importancia de establecer una máxima autoridad constitucional en la importancia del control de constitucionalidad abstracto a nivel normativo.<sup>103</sup>

Se requiere entonces una autoridad independiente de los tres poderes tradicionales, encargada de preservar el sometimiento de estos al orden

---

cuando el presidente y la mayoría parlamentaria –en un sistema pluripartidista siempre una coalición- estuvieran de acuerdo sobre la persona del canciller y su política. Caso de que esto no ocurriera, tenía que surgir un conflicto irreconciliable entre el presidente y la mayoría del Reichstag, en el cual ambas partes podían hacer valer su pretensión de hablar en nombre del pueblo, ya que ambas habían sido elegidas por él.

La catástrofe sobrevino con la destitución del canciller Brüning (mayo, 1932) por el presidente del Reich, von Hindenburg, pese a que el gabinete disponía todavía de la mayoría parlamentaria, y su mandato tardaría todavía más de dos años en expirar. Los resultados son bien conocidos: los gobiernos parlamentarios fueron sustituidos por gabinetes “presidenciales” que, si bien poseían la confianza del presidente, no contaban en absoluto con el apoyo parlamentario. Weimar se convirtió en régimen autoritario, y esto todavía antes de la parálisis final del Reichstag por el rápido incremento de las fuerzas extremistas antiparlamentarias tanto de derechas (nacionalsocialistas), como de izquierdas (comunistas).” LOEWENSTEIN. Karl. "Teoría de la Constitución", Págs. 112 y 113. Editorial Ariel, Barcelona, 1983.

<sup>102</sup> Es de anotar que en Colombia para 1910 ya existía una garantía para hacer efectiva la supremacía de la Constitución y era la acción de inconstitucionalidad, que al igual que el modelo Kelseniano es una forma de control de constitucionalidad abstracto y concentrado, existente 10 años antes de la creación del Tribunal Constitucional Austriaco y 19 años antes de que Kelsen propusiera su teoría del legislador negativo.

<sup>103</sup> “Abandonar la limitación de la anulación al caso concreto en beneficio del sistema de anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma habría de ser aplicada. Es claro que un poder tan considerable no puede aplicarse más que a una instancia central suprema”. Hans Kelsen. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. En “Escritos sobre la democracia y el socialismo”. Pág. 125.

constitucional. El sistema de control de constitucionalidad concentrado, se basa en la creación de un tribunal de jurisdicción constitucional, una única autoridad,<sup>104</sup> que conoce y decide de manera directa, la

---

<sup>104</sup> A continuación se muestra como se eligen tres tribunales constitucionales que son importante referente para este modelos de control de constitucionalidad:

Italia: “El Tribunal Constitucional estará compuesto por quince magistrados, un tercio de los cuales será nombrado por el Presidente de la República, otro tercio por el Parlamento, en sesión conjunta, y el tercio restante por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas.

Los magistrados del Tribunal Constitucional serán elegidos de entre los magistrados, incluidos los jubilados, pertenecientes a las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativas, los Catedráticos de Universidad en disciplinas jurídicas y los abogados con veinte años de ejercicio.

Los magistrados del Tribunal Constitucional serán nombrados por nueve años que empezarán a contabilizarse, para cada uno de ellos, desde el día del juramento, sin que puedan ser nuevamente designados.

Cuando expire su mandato, cada magistrado constitucional cesará en el cargo y en el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal elegirá, de entre sus componentes y con arreglo a lo dispuesto por la ley, a su Presidente, que permanecerá en el cargo por un trienio y que podrá ser reelegido, sin perjuicio de la expiración del cargo de juez.

El cargo de magistrado será incompatible con el de miembro del Parlamento o de un Consejo Regional, con el ejercicio de la profesión de abogado y con cualquier cargo o puesto que la ley determine.

En los juicios de acusación contra el Presidente de la República intervendrán, además de los vocales ordinarios del Tribunal, dieciséis miembros elegidos a suertes por un colegio de ciudadanos que reúnan los requisitos para ser elegido como senador y que el Parlamento elegirá, cada nueve años, siguiendo los mismos trámites establecidos para el nombramiento de los magistrados ordinarios” artículo 135 de la Constitución Italiana.

Alemania: “(1) La Corte Constitucional Federal se compone de magistrados federales

y de otros miembros. Los miembros de la Corte Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Bundestag y por el Bundesrat. No podrán pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un Land.

(2) Una ley federal regulará su organización y procedimiento determinando los casos en los cuales sus decisiones tienen fuerza de ley. Dicha ley podrá establecer como condición de los recursos de amparo el agotamiento previo de la vía judicial y establecer un procedimiento especial de admisión.” Ley Fundamental de Bonn. Artículo 94

constitucionalidad de las normas que hacen parte del correspondiente ordenamiento jurídico, mediante las acciones y procedimientos establecidos para tal fin.<sup>105</sup>

La existencia de un tribunal encargado de velar por el cumplimiento de la Constitución, tuvo sus críticos,<sup>106</sup> Siendo Carl Schmitt su contradictor más acérrimo. Para Schmitt el defensor de la Constitución debía ser el Presidente del Reich y no un tribunal constitucional, por varias razones:

---

España: “1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil.

En lo demás los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.” Artículo 159 de la Constitución Española de 1978

<sup>105</sup> “El sistema de jurisdicción concertada se basa en la creación de un órgano de jurisdicción constitucional, un tribunal único, que conoce de manera directa, por el ejercicio de acciones procesales específicas, los supuestos de inconstitucionalidad en las diferentes modalidades procesales.” María Luisa Balaguer. Op. cit. Pág. 48 y ss.

<sup>106</sup> “En cambio, en el Estado legislativo no puede existir ninguna justicia constitucional o tribunal de justicia constitucional como autentico protector de la Constitución.” SCHMITT. Carl. La Defensa de la Constitución. Pág. 113. Editorial Tecnos. Madrid. 1983.

1. El Presidente del Reich ostentaba legitimidad democrática<sup>107</sup>, mientras que el Tribunal Constitucional es calificado de “antidemocrático”<sup>108</sup>
  
2. El Presidente del Reich tiene independencia frente al parlamento, al no poder ser parte de este<sup>109</sup>, es poseedor de un poder neutral<sup>110</sup>, es mucho más estable que el Parlamento<sup>111</sup>, tiene amplios poderes<sup>112</sup> y representa la unidad del Pueblo.<sup>113</sup>

---

<sup>107</sup> “El Presidente del Reich será elegido por todo el pueblo alemán. Es elegible todo alemán que haya cumplido 35 años de edad. Los pormenores se regirán por una Ley del Reich”. Art. 92 de la Constitución de Weimar.

<sup>108</sup> Dice Schmitt: “El defensor de la Constitución debe ser ciertamente independiente y políticamente neutral, pero se trastornan los conceptos de judicialidad y jurisdicción, como también la garantía institucional de la burocracia profesional alemana, cuando en todos los casos en que por razones prácticas aparece como oportuna o necesaria la independencia y la neutralidad, se pretende plantar una judicialidad y un tribunal constituido por juristas oficiales de profesión. Tanto la justicia como la burocracia profesional resultan recargadas de modo insostenible cuando sobre ellas se amontonan obligaciones y resoluciones políticas, para las cuales se solicita una independencia y una neutralidad con respeto a la política de partidos. Pero, además, la institución de semejante defensor de la Constitución sería diametralmente opuesta a la consecuencia política del principio de la democracia.” Texto tomado de: LOMBARDI. Giorgio. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus .Quién debe ser el defensor de la Constitución?, pág. 306. Madrid, Ed. Tecnos. Clásicos del Pensamiento. 2009.

<sup>109</sup> “El Presidente del Reich no puede ser simultáneamente miembro del Reichstag”. Art. 44 de la Constitución de Weimar:

<sup>110</sup> “Según el derecho positivo de la Constitución de Weimar, la posición del Presidente del Reich, elegido por la nación entera, solo puede construirse con la ayuda de una teoría desarrollada de un poder neutral, mediador, regulador y tutelar. El Presidente del Reich está dotado con atribuciones que le hacen independiente de los órganos legislativos, aunque simultáneamente está obligado al referendo de Ministros, quienes a su vez dependen de la confianza del Parlamento.” SCHMITT. Carl. La Defensa de la Constitución. Pág. 220 y 221. Editorial Tecnos. Madrid. 1983.

<sup>111</sup> “El cargo de Presidente del Reich dura siete años. Está permitida la reelección. Antes de que transcurra este plazo, puede el Presidente del Reich ser destituido a propuesta del Reichstag mediante votación popular. Para tomar este acuerdo se requiere una mayoría de dos tercios del Reichstag. Adoptado éste, el Presidente del Reichstag deberá abstenerse temporalmente de ejercer su cargo. Si la votación popular resultara contraria a la destitución, será considerada una nueva elección y tendrá como efecto la disolución

3. Si un Tribunal es el encargado de velar por la Constitución, esto se traduce en la politización de la justicia<sup>114</sup>

Para Kelsen la existencia de un tribunal constitucional, que revise la constitucionalidad de los actos emitidos por los diferentes entes del Estado, radica en la necesidad de someter a todos los órganos del Estado, con especial mención del Parlamento y del Ejecutivo, a la Constitución. El guardián de la Constitución debe ser el tribunal constitucional y no el Presidente del Reich, por las siguientes razones:

---

del Reichstag. El Presidente del Reich no puede ser perseguido criminalmente sin el consentimiento del Reichstag” Art. 92 de la Constitución de Weimar

<sup>112</sup> “Cuando un Länd no cumpla los deberes que le imponen la Constitución o las leyes del Reich, el Presidente del Reich puede obligarle apelando a la fuerza armada. Cuando el Reich alemán se encuentren gravemente alterados o amenazados, el orden y la seguridad públicos, el Presidente del Reich puede adoptar aquellas medidas que resulten necesarias para su restablecimiento, acudiendo a la fuerza armada si fuera preciso. A este fin cabe suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales establecidos en los arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 de la Constitución. Cuanta medidas haya adoptado el Presidente del Reich en virtud de los apartados 1.o y 2.o de este artículo, deberán ser puestas sin demora en conocimiento del Reichstag. Quedarán sin efecto si así lo requiere el Reichstag. Si la demora llegara a constituir un peligro, puede el Gobierno de un Länd adoptar en su territorio las medidas referidas en el apartado 2.o. Estas medidas quedarán sin efecto a instancia del Presidente del Reich o del Reichstag. Los pormenores serán regulados por una ley del Reich». Art. 48 de la Constitución de Weimar

<sup>113</sup> “Haciendo al Presidente del Reich centro de un sistema de instituciones y atribuciones tanto plebiscitarias como neutralizadoras en orden a la política de partidos, la vigente Constitución del Reich trata de crear, partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político.” SCHMITT. Carl. La Defensa de la Constitución. Pág. 250. Editorial Tecnos. Madrid. 1983.

<sup>114</sup> “Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro del Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la justicia a una materia que acaso ya no es justiciable sólo perjuicios deben derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido la ocasión de advertir tanto para el derecho constitucional como para el Derecho de gentes, la consecuencia no sería una judicialización de la política, sino una politización de la justicia. SCHMITT. Carl. La Defensa de la Constitución. Pág. 57. Editorial Tecnos. Madrid. 1983.

1. Aunque el tribunal constitucional no haya sido elegido democráticamente, puede ser el garante de la Constitución, precisamente por no estar inmerso en las coyunturas electorales.
  
2. Toda jurisdicción es política, pues le confiere al juez poder de decisión en mayor o menor medida<sup>115</sup>
  
3. El Presidente del Reich no puede ser juez y parte<sup>116</sup> y no ostenta un poder neutral, tal y como lo afirmaba Schmitt.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> “Si se mira a la “política” como “decisión” en orden de la resolución de conflictos de intereses –para hablar con la terminología de Schmitt-, entonces está presente en toda sentencia judicial, en mayor o menor medida, un elemento de decisión, un elemento de ejercicio del poder. El carácter político de la justicia es tanto más fuerte cuanto más amplio sea el poder discrecional de la legislación general le debe necesariamente otorgar de acuerdo a su naturaleza. La opinión de que sólo la legislación , pero no la “auténtica” jurisdicción, es política, es tan falsa como la que considera que solo la legislación es una función creadora de derecho, siendo empero la jurisdicción exclusivamente la aplicación reproductiva de derecho, en el fondo se trata de dos variantes de un único y mismo error, cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los interés que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter “político” que en una medida mayor tiene la legislación. Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay solo una diferencia cuantitativa y no cualitativa.” LOMBARDI. Giorgio. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus .Quién debe ser el defensor de la Constitución?, pág. 306. Madrid, Ed. Tecnos. Clásicos del Pensamiento. 2009.

<sup>116</sup> “La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquella, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que nadie puede ser juez de su propia causa.” Hans Kelsen. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, editorial Tecnos, Segunda edición, Madrid, 1999, Pág. 5 y ss.

<sup>117</sup> “Schmitt intentó adaptar la teoría de que el monarca representaba un poder neutral propuesta por Benjamin Constant y adaptarla a la figura del Presidente del Reich durante la República de Weimar, sobre el tema se pronunció Kelsen, en los siguientes términos: “Cuando Benjamin Constant afirma que el monarca es el titular de un poder “neutral”,

La salvaguarda de la Constitución no puede estar sujeta a los antojos de las mayorías políticas coyunturales, la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, paradójicamente lo que legitima que un tribunal constitucional le haga control político a autoridades elegidas democráticamente, es que el tribunal no debe actuar de manera política, sino de manera jurídica, aunque siempre la función judicial tendrá un carácter político.<sup>118</sup>

#### **1.4 Control de constitucionalidad según el momento normativo en el que se realiza.**

El control de constitucionalidad también puede clasificarse dependiendo del momento normativo en que se realiza el control, conforme a esto existen dos formas de clasificar este tipo de control, así:

##### **1.4.1 Control de constitucionalidad previo**

El control de constitucionalidad es previo a un momento normativo, generalmente la promulgación, se realiza sobre una norma antes de que

---

funda esencialmente dicha afirmación en el supuesto de que el ejecutivo se escinde en dos poderes distintos, uno pasivo y otro activo, y que el monarca únicamente ejerce el pasivo. Sólo como “pasivo” es un poder “neutral”. No se puede ignorar la ficción que aquí se esconde, al hacer aparecer el poder del monarca –a quien la Constitución le confiere la representación exterior del Estado y en especial la firma de los tratados internacionales, la sanción de las leyes, el comando supremo del ejército y la armada, el nombramiento de funcionarios y jueces, y otras tareas más- como meramente pasivo y de contraponerlo al resto del ejecutivo entendido como poder activo.” LOMBARDI. Giorgio. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus .Quién debe ser el defensor de la Constitución?, pág. 299. Madrid, Ed. Tecnos. Clásicos del Pensamiento. 2009.

<sup>118</sup> Tal y como lo expresó Kelsen en comentario contenido en pie de página 103.

ésta sea publicada y dada a conocer y puede ser de dos tipos: obligatorio, cuando el control de constitucionalidad previo es parte indispensable del trámite de la norma, como sucede en Francia con las leyes orgánicas, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 de la Constitución de 1958, antes de ser sometidas a referendo y los reglamentos de las cámaras parlamentarias.<sup>119</sup> En Colombia tienen control de constitucionalidad previo y con carácter obligatorio: los proyectos de ley estatutaria<sup>120</sup>, los proyectos de leyes objetados por el gobierno por inconstitucionales e insistidos por el Congreso<sup>121</sup>, los tratados internacionales y las leyes que los ratifican<sup>122</sup> y es previo a la

---

<sup>119</sup> Tienen control previo y obligatorio de constitucionalidad en Francia, aquellas normas establecidas en el artículo 61, párrafo primero, de la Constitución Francesa de 1958 y el artículo 17 del Decreto legislativo n° 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, en los siguientes términos: “Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.”

<sup>120</sup> “La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla” Artículo 153 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>121</sup> “El proyecto de ley objetado total o parcialmente por el Gobierno volverá a las cámaras a segundo debate. El Presidente sancionará sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra cámara. Exceptúese el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En tal evento, si las cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto. Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la cámara en que tuvo su origen para que, oído el ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo.” Artículo 167 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>122</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:... 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados

entrada en vigencia del tratado internacional y tienen control previo de constitucionalidad obligatorio las leyes de convocatoria a referendo y asamblea constituyente<sup>123</sup>, es importante aclarar que estos casos el control es previo al pronunciamiento popular.

También existe el control de constitucionalidad previo a petición de alguna autoridad, como sucede en Francia con las leyes, a las que puede el Consejo Constitucional Francés hacerles revisión de constitucionalidad antes de su entrada en vigencia a petición del Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores<sup>124</sup>. En España tienen control de constitucionalidad previo los tratados internacionales a petición del Gobierno o cualquiera

---

internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.” Artículo 241 N° 10 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>123</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: ...2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.” Artículo 241 N° 2° de la Constitución Política de Colombia.

<sup>124</sup> “Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.” Artículo 61, párrafo 2° de la Constitución Francesa de 1958

de las cámaras.<sup>125</sup> El control de constitucionalidad previo siempre es abstracto.

#### **1.4.2 Control de constitucionalidad posterior**

Este tipo de control se realiza cuando la autoridad facultada para realizarlo, lo hace cuando la norma ya ha sido promulgada, son ejemplos: la cuestión prioritaria de inconstitucionalidad en Francia, la cuestión<sup>126</sup> y el recurso de inconstitucionalidad<sup>127</sup> en España<sup>128</sup>, la acción

---

<sup>125</sup> En España pueden tener control previo de constitucionalidad los tratados internacionales conforme a lo establecido por el artículo 95 de la Constitución de 1978, que reza:

“1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”

Concordado por el artículo 78 N°1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así:

“1. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un Tratado Internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.”

Es importante aclarar que dicho control es potestativo y no obligatorio y se da en aquellos casos en que es solicitado por el Gobierno o cualquiera de las cámaras.

<sup>126</sup> “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.” Artículo 163. Constitución Española de 1978

<sup>127</sup> “1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si

de inconstitucionalidad y la excepción de inaplicación en Colombia<sup>129</sup>. El control de constitucionalidad posterior puede ser abstracto como en el caso de la acción de inconstitucionalidad colombiana o concreto como en la cuestión de constitucionalidad española.<sup>130</sup>

---

bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.” Artículo 161 de la Constitución Española de 1978

<sup>128</sup> Exceptúese el caso de los tratados internacionales a petición del Gobierno o cualquier de las Cámaras, como se dijo en el pie de página anterior.

<sup>129</sup> “Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede liberada a la voluntad, deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, se desvirtúa por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.” Sentencia T-614 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional de Colombia

<sup>130</sup> “Parece innecesario explicar el mecanismo del proceso indirecto o cuestión de inconstitucionalidad. Aquí el problema de la constitucionalidad de una ley surge como cuestión incidental previa (que ha de resolver el Tribunal Constitucional) a la aplicación de dicha ley para la resolución de un proceso de cualquier contenido abierto ante cualquier Tribunal. En el momento en que el problema se plantea ante el Tribunal Constitucional por remisión del Tribunal *a quo*, la verificación de la constitucionalidad no es muy distinta de la que se opera en la técnica del recurso directo o control abstracto de normas, pero aquí estamos frente a un control “concreto” de normas, quiere decirse producido en el seno de un litigio o proceso real y verdadero, de modo que aunque el conocimiento y decisión de este proceso no se remita al Tribunal Constitucional en el juicio de constitucionalidad que a éste corresponde, pesará, inevitablemente, la dialéctica del caso concreto, que entra ya dentro del característico cuadro mental de la justicia.” GARCÍA DE ENTERRIA. Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Págs. 138 y 139. Ed: Civitas. Madrid. 2001.

## 1.5 Según el contenido de la norma

### 1.5.1 Control de constitucionalidad abstracto

Cuando se realiza este tipo de control se analiza la concordancia de una norma general y todas sus disposiciones frente a la Constitución y sus efectos son *erga omnes*, como ejemplo de este tipo de control tenemos la acción de inconstitucionalidad. Ejemplos de este tipo de control serán desarrollados en el presente trabajo.

### 1.5.2 Control de constitucionalidad concreto

En este caso se determina la constitucionalidad de una norma y sus efectos en un caso concreto, los efectos de la decisión de quien realiza el control son *inter partes*, aunque si fuese un juez en los sistemas donde opera el *stare decisis*, la decisión judicial marcaría un precedente de obligatorio cumplimiento para los demás jueces en casos similares. Es ejemplo de control de constitucionalidad concreto la cuestión de inconstitucionalidad española<sup>131</sup> o la excepción de inaplicación colombiana.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> “Parece innecesario explicar el mecanismo del proceso indirecto o cuestión de inconstitucionalidad. Aquí el problema de la constitucionalidad de una ley surge como cuestión incidental previa (que ha de resolver el Tribunal Constitucional) a la aplicación de dicha ley para la resolución de un proceso de cualquier contenido abierto ante cualquier Tribunal. En el momento en que el problema se plantea ante el Tribunal Constitucional por remisión del Tribunal *a quo*, la verificación de la constitucionalidad no es muy distinta de la que se opera en la técnica del recurso directo o control abstracto de normas, pero aquí estamos frente a un control “concreto” de normas, quiere decirse producido en el seno de un litigio o proceso real y verdadero, de modo que aunque el conocimiento y decisión de este proceso no se remita al Tribunal Constitucional en el juicio de constitucionalidad que a éste corresponde, pesará, inevitablemente, la dialéctica

## 1.6 Según quien está legitimado para solicitar el control

### 1.6.1 La excepción de inconstitucionalidad

Es la facultad que tienen los jueces<sup>133</sup> de inaplicar una norma dentro de un proceso jurídico en aquellos caso en los que considere que la norma

---

del caso concreto, que entra ya dentro del característico cuadro mental de la justicia.” GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Págs. 138 y 139. Ed: Civitas. Madrid. 2001.

<sup>132</sup> “La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...” Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte hay que tener en cuenta que 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. En este caso 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 elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto.” Sentencia C 122 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional de Colombia.

<sup>133</sup> En Colombia esta facultad no recae solo en los jueces sino también en todos los servidores públicos y particulares con el deber de aplicar una norma jurídica, así lo ha establecido la Corte Constitucional. “De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso

contradice la Constitución.<sup>134</sup> Este tipo de control suele darse dentro de un litigio y es allí donde una de las partes puede solicitarle al juez que deje de aplicar una norma por ser contraria a la Constitución, tiene carácter incidental, pues antes que el juez se pronuncie de fondo acerca de las razones que motivaron el proceso, deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de la norma que se pide que no sea aplicada. Es una excepción a la presunción de constitucionalidad, sus efectos son *inter partes*, aunque casos similares pueden ser solucionados de manera similar en aquellos modelos jurídicos donde la jurisprudencia tiene fuerza vinculante, la norma inaplicada sigue vigente, solo carece de efectos para el caso concreto. En este caso estamos frente a una forma de control de constitucionalidad concreto. Debe aclararse que la competencia de inaplicar una norma por ser contraria a la Constitución no recae solo en los jueces, sino en todos los servidores públicos y los particulares con el deber de aplicar una norma jurídica y por ende tampoco su trámite tiene que ser incidental, lo anterior hace que esta institución sea problemática dentro del ordenamiento jurídico colombiano, tal y como se explicará en el capítulo II del presente trabajo.

### **1.6.2 Cuestión de inconstitucionalidad**

La cuestión de inconstitucionalidad<sup>135</sup>, tiene carácter incidental dentro de un proceso, lo que la hace control de constitucionalidad concreto.

---

particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto.” Sentencia C 122 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional de Colombia.

<sup>134</sup> Los orígenes de este mecanismo de control de constitucionalidad deben situarse en *judicial review* y en la posibilidad que tienen los jueces en Norteamérica de desconocer una norma en aquellos casos en los que vulneren la Constitución.

<sup>135</sup> En el caso alemán, el artículo 100, párrafo 1º, de la Ley Fundamental de Bonn plantea la cuestión de inconstitucionalidad (*Konkrete Normenkontrolle*), en los siguientes

Consiste en la tacha de inconstitucionalidad de una norma que debe ser aplicada y la cual determinará el fallo a proferir, ya sea a petición de parte o de manera oficiosa. El juez que conoce del caso elevará una consulta al tribunal constitucional acerca de la constitucionalidad o no de la norma en cuestión, siendo el único legitimado para hacerlo. Luego el tribunal constitucional se pronunciará, determinando constitucionalidad o inconstitucionalidad normativa, su decisión hace tránsito a cosa juzgada y no podrá volverse a intentar otra cuestión dentro del mismo proceso<sup>136</sup>.

En Colombia esta institución tuvo una corta existencia, pues el artículo 24<sup>137</sup> del decreto 2067 que regula los trámites ante la Corte

---

términos: "En caso de que un tribunal considere anticonstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, deberá suspenderse el proceso y si se tratase de una violación de la Constitución de un Estado se recabará el pronunciamiento del Tribunal regional competente en litigios constitucionales, o la del Tribunal Constitucional Federal si se trata de una infracción de la presente Ley Federal. También regirá esta norma cuando se trate de la infracción de la presente Ley Fundamental por el derecho regional o de la incompatibilidad de una ley regional con una ley federal."

En el caso español, el artículo 163 de la Constitución precisa que: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contrario a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".

<sup>136</sup> "Como ya indicamos, en España el control de constitucionalidad puede instarse por doble vía del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad o vía incidental. El desarrollo procesal que tiene lugar cuando la denuncia sobre la inconstitucionalidad de una ley llega al Tribunal Constitucional y supera el trámite de admisión es prácticamente idéntico, y también coinciden en las dos modalidades de control las normas que pueden ser objeto del mismo y los efectos de las sentencias que emite el Tribunal, que ambos casos son erga omnes y no inter partes (art. 38. LOTC). De aquí resulta que el dato verdaderamente diferenciador de estas dos fórmulas de abrir proceso constitucional es el de la legitimación activa de cada una de ellas, que se proyecta, como veremos, el significado radicalmente distinto que el recursos y la cuestión de inconstitucionalidad, aunque *prima facie* aparenten ser solo dos formas distintas con un objetivo común" María Asunción García Martínez. El Control de constitucionalidad de las leyes: el recurso y cuestión de inconstitucionalidad. Ed: Jurista editores. Lima, 2005. Págs. 204 y ss.

<sup>137</sup> "La declaración de constitucionalidad de una norma no obsta para que proceda la acción de tutela respecto de acciones y omisiones de las autoridades o de los particulares derivadas de ella.

Constitucional, la consagró, sin embargo, la figura fue declarada inconstitucional mediante la sentencia C-113 de 1993, pues para la Corte Constitucional colombiana ésta es una competencia que no le había sido dada por la Constitución de 1991 y la figura menoscaba principios como cosa juzgada y seguridad jurídica.<sup>138</sup>

Al estudiar el modelo colombiano, nos damos cuenta cómo en un ordenamiento jurídico pueden coexistir múltiples formas de control de constitucionalidad.

---

"Tampoco impide, que un juez no aplique la norma cuando por las circunstancias particulares del caso sea necesario proteger algún derecho constitucional que no fue considerado en la sentencia de la Corte Constitucional. En estos casos, el juez podrá, de oficio, elevar consulta a la Corte para que ésta aclare los alcances de su fallo. La Corte podrá resolver la consulta dentro de los diez días siguientes a la recepción del escrito donde se formule la consulta y comunicará inmediatamente al juez correspondiente la absolución de la consulta". Artículo 24 decreto 2067 de 1991.

<sup>138</sup> "Ni en las once funciones descritas en el artículo 241, ni en ninguna otra norma constitucional, se asigna a la Corte Constitucional la facultad de servir de órgano consultivo a los jueces. Y tampoco hay norma constitucional que les permita a éstos elevar tales consultas.

De otra parte, la posibilidad de aclarar " los alcances de su fallo ", no solo **atenta contra la cosa juzgada**, sino que **es contraria a la seguridad jurídica**, uno de los fines fundamentales del derecho.

Además, la existencia de múltiples aclaraciones, haría desordenada y caótica la jurisprudencia de la Corte.

Sin que sobre advertir que si la ley, según la ficción universalmente aceptada, es conocida por todos, con mayor razón hay lugar a presumir que los jueces, generalmente graduados en Derecho, tienen la suficiente formación jurídica para leer y entender las sentencias de la Corte. Lo cual explica por qué la norma comentada, a más de ser inexecutable, es inútil." Sentencias C 113 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional de Colombia.

### **1.6.3 Control de constitucionalidad automático**

El control de constitucionalidad es automático en aquellos casos donde el Tribunal Constitucional revisa la constitucionalidad de la norma, sin requerir que haya accionante.

### **1.6.4 Control de constitucionalidad por vía de acción**

En esta parte de la investigación no se profundizará este tipo de control de constitucionalidad pues es el objeto de la misma y será desarrollada en los capítulos II y III, sin embargo en este párrafo se plantearán unos elementos generales. Por definición es la posibilidad que tienen algunas autoridades<sup>139</sup> y en otros casos algunas personas<sup>140</sup>, de acudir ante tribunal constitucional con la pretensión de que éste declare la inconstitucionalidad de una norma general, sin que medie necesariamente un interés particular como sucede en el control de constitucionalidad concreto. Cuando recae solo en algunas autoridades se dice que es acción de inconstitucionalidad de titularidad restringida. Cuando recae en muchos ya sea ciudadanos, como en Colombia o personas como en Venezuela hablamos de acción de

---

<sup>139</sup> En este caso hablamos de acción de inconstitucionalidad restringida, como sucede en Alemania, Italia, España o México, donde solo algunas autoridades pueden acudir ante tribunal constitucional con la pretensión de declaratorio de inconstitucionalidad normativa.

<sup>140</sup> Este tipo de acción recibe el nombre de amplia o popular como era llamada por Kelsen, acá los facultados para presentar acciones de inconstitucionalidad son los ciudadanos como sucede en Colombia o incluso cualquier persona, como sucede en Venezuela. La acción de inconstitucionalidad amplia y la acción de inconstitucionalidad restringida, serán desarrolladas capítulo III del presente trabajo.

inconstitucionalidad de titularidad amplia. Se trata de un control de constitucionalidad abstracto de normas.<sup>141</sup>

### **1.7 La legitimación activa para instaurar acciones de inconstitucionalidad en el derecho comparado**

En los estados constitucionales modernos, partiendo del principio de la Supremacía Constitucional, los actos del legislador y del ejecutivo, deben estar acordes con el texto constitucional, esto es control de constitucionalidad, con lo que se busca evitar el abuso del poder y garantizar a cada individuo una serie de derechos<sup>142</sup>.

De ahí, que en occidente y especialmente tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, primero en Europa y después en otros lugares

---

<sup>141</sup> "El recurso directo no es conocido, sin embargo en los Estados Unidos y es precisamente, como antes observamos, un resto del kelsenismo estricto. Se trata de un "control abstracto de normas", que se origina no en la función de un conflicto de intereses concretos, para solucionar el cual sea menester dilucidar previamente la norma de decisión, sino simplemente por una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación con su compatibilidad con una ley singular. Este tipo de discrepancia es lo que legitima a simples órganos generales y no a sujetos que defienden sus propios intereses personales. En la doctrina alemán se habla por ello de un proceso "objetivo", donde los órganos que ha iniciado el mismo no adoptan, en su calidad de titulares de intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes, puesto que no tienen intereses propios, sino que actúan en cierto modo como defensores abstractos de la Constitución." GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Págs. 137 y 138. Ed: Civitas. Madrid. 2001.

<sup>142</sup> "El control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar una decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores de poder instituidos." Karl Loewenstein. Op. Cit.

del mundo, muchos países hayan desarrollado diferentes tipos de controles para las normas y su adecuación al texto constitucional.

Como se dijo anteriormente, la acción de inconstitucionalidad es la posibilidad que tienen algunas autoridades, ciudadanos y en algunos casos toda persona, de acudir ante un tribunal con jurisdicción constitucional, para solicitarle que una norma salga del ordenamiento jurídico, por considerar que esta contradice la Constitución.

A continuación se exponen algunos ejemplos relevantes de quiénes están legitimados para instaurar acciones de inconstitucionalidad en varios países, y cómo en la mayoría de los casos la legitimación para iniciar la acción es restringida a pocas autoridades, ya sea por razones territoriales, políticas o funcionales<sup>143</sup>, a diferencia del caso colombiano donde es un derecho político de todo ciudadano.

Es importante resaltar que los diferentes casos planteados, tienen sus propias particularidades y su mención no significa que sean las únicas.

---

<sup>143</sup> Una justificación de porque la legitimación activa para instaurar la acción de inconstitucionalidad la da Francisco Pérez Royo: “Justamente por eso, la legitimación para recurrir ante el Tribunal Constitucional se configura de una manera muy restrictiva. Al tribunal Constitucional no pueden acceder los ciudadanos. Los ciudadanos acceden al poder judicial, pero no al Tribunal Constitucional. Al Tribunal Constitucional sólo tienen acceso determinados órganos o fracciones de órganos políticos o el poder judicial”. Op. Cit. Pág. 140.

### 1.7.1 La acción de inconstitucionalidad en Italia

La aceptación en Italia de la jurisdicción constitucional por los jueces y tribunales ordinarios, planteó como en otros países del mundo, problemas importantes. Para superar esa dificultad, se llegó a un acuerdo tácito consistente en que la Corte respetara aquellos criterios jurisprudenciales que el tribunal de casación tenía asentados mayoritariamente.<sup>144</sup>

En el modelo italiano, el gobierno puede cuestionar la constitucionalidad de una ley regional por considerar que se excede en las competencias dadas a las regiones, pero estas a su vez también pueden acudir ante la Corte Constitucional italiana, en aquellos casos en los que consideren que una ley de orden estatal o acto con su mismo valor, invade una o varias de sus competencias, en ambos casos establece el término perentorio de sesenta días para impugnar la norma.

La acción de inconstitucionalidad italiana cumple claramente una función territorial, en especial tras la reforma constitucional de 2001, que buscó darle más competencias a las regiones tal y como se establece en el artículo 127 de la Constitución de 1947.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> Ver. Entre otros, L. ELIA. "Quattro note sulla Corte Costituzionale". En "Politica del diritto". 1971, y G. AMATO. "Troppo coraggio o troppa cautella nella Corte Costituzionale". En "Giurisprudenza Costituzionale". 1971.

<sup>145</sup> "El Gobierno, cuando considere que una ley regional excede la competencia de la Región, podrá promover la cuestión de legitimidad constitucional dentro de los sesenta días desde su publicación.

La Región, cuando considere que una ley o un acto que tenga valor de ley del Estado o de otra Región lesiona la esfera de competencia, podrá promover la cuestión de

## 1.7.2 La acción de inconstitucionalidad en Alemania

En Alemania el Tribunal Constitucional es considerado parte del poder judicial, su regulación se encuentra establecida en la ley fundamental de Bonn y en la ley del TCF de 1951, que ha sido en varias oportunidades modificada.<sup>146</sup>

Este tribunal está facultado para revisar si una norma de menor jerarquía está acorde o no al texto de la ley fundamental de Bonn<sup>147</sup>, esta posibilidad se encuentra consagrada en el 93, numeral 2°, es el llamado *abstrakte Normenkontrolle*. Este es un control abstracto, pues no es necesario que el análisis de constitucionalidad se haga en relación con un caso concreto.

Todas las normas son susceptibles de este control de constitucionalidad, ya sean federales o de los Länder, vigentes antes o después de la expedición de la ley fundamental de Bonn.

---

legitimidad constitucional ante la Corte Constitucional dentro de los setenta días desde la publicación de la ley o del acto que tenga valor de ley". Artículo 127, Constitución Italiana.

<sup>146</sup> K. SCHLAICH. "El tribunal Constitucional Federal Alemán". En "Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales". CEC. Madrid. 1984. Pág. 134.

<sup>147</sup> "Artículo 93: (1) El tribunal Constitucional Federal es competente. 2. En las diferencias de opinión o dudas relativas a la compatibilidad formal y sustantiva de la legislación federal o de los Länder con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Parlamento". Ley fundamental de Bonn. Traducción contenida en: Sigfredo Hillers de Luque. "Derecho- Estado- Sociedad (III): Textos Constitucionales y documentos (Edición Bilingüe): Alemania; Austria; URSS; Italia; España". Fondo de estudios sociales. 1988. Pág. 137.

Puede Incluso existir control de constitucionalidad previo, es el caso de las leyes de aprobación de tratados internacionales, que según ha dicho el Tribunal Constitucional, se realiza con el propósito de evitar que se genere responsabilidad internacional del Estado Alemán en una posible declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado internacional.

Si la norma cuestionada es federal, el referente será la Constitución, pero si es una norma de un Länd, entonces deberá cumplir con los preceptos constitucionales y el resto normas federales.

En Alemania la legitimación activa obedece a criterios territoriales y de protección a minorías parlamentarias, pues pueden hacer uso de la acción el gobierno federal y el gobierno de cada Länd y un tercio de los parlamentarios del Bundestag o cámara baja y le es negada esta posibilidad a los miembros de la cámara alta o Bundesrat, que tienen su origen en una representación territorial.

Ni el Gobierno Federal, ni el de los Länd, ni los miembros de la cámara baja en el porcentaje exigido, están sujetos a iniciar la acción dentro de un plazo perentorio, lo que le da en Alemania cierto dinamismo a la figura.

En el caso alemán la legitimación se otorga solo a determinados órganos políticos y/o territoriales, como es característica general desde Kelsen de los sistemas de control concentrado de constitucionalidad (en contraste con lo que ocurre en Colombia, donde está legitimado cualquier ciudadano, constituyéndose en un verdadero derecho político,

que no está dado a ninguna autoridad por razones territoriales, ni políticas, ni funcionales).

Sin embargo, en el Länd de Baviera<sup>148</sup>, existe una situación particular, que vale la pena ser mencionada. Allí se consagra una acción de inconstitucionalidad popular en la que la legitimación y el interés pertenecen al pueblo, por lo tanto cualquier habitante de este está facultado para instaurar la acción sin requerir un interés concreto, directo, personal o que se le haya causado lesión o perjuicio alguno<sup>149</sup>.

### **1.7.3 La acción de inconstitucionalidad en España**

El modelo español de legitimación para el control “abstracto” de constitucionalidad se aproxima bastante al alemán, que a su vez sigue de cerca el modelo austriaco y el italiano. La acción de inconstitucionalidad es llamada recurso de inconstitucionalidad y está consagrado en los artículos 161-1 y 162-1 de la Constitución española de 1978.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> “Todo habitante de Baviera que se sienta lesionado en sus derechos constitucionales por un poder público, puede reclamar la protección del tribunal Constitucional Bávaro”. Constitución de Baviera, artículo 98.4.

<sup>149</sup> Mauro Cappelletti. “La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco, traducción (y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana) de Hector Fix-Zamudio. México, Instituto de Derecho Comparado (UNAM), 1961, Pág. 3.

<sup>150</sup> Artículo “161. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer.

Del recurso de inconstitucionalidad contra Leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley,

En España están legitimados para instaurar el recurso de inconstitucionalidad: el Presidente del gobierno y órganos legislativos y ejecutivos autonómicos, las minorías parlamentarias (50 diputados y 50 senadores) y el defensor del pueblo y esta es tal vez una de las particularidades más destacadas del sistema español.<sup>151</sup>

España ha sido el primer país en que se ha legitimado al Ombudsman<sup>152</sup> para interponer el recurso de inconstitucionalidad y su ejemplo ha sido seguido por varios países europeos y latinoamericanos que han instaurado un tribunal constitucional y un Defensor del Pueblo, atribuyéndole a su Ombudsman la competencia para impugnar directamente la constitucionalidad de las leyes. Es el caso, por ejemplo de Polonia<sup>153</sup>, Portugal<sup>154</sup> o Austria<sup>155</sup>, en el viejo continente y en

---

interpretada por la jurisprudencia, afectara a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

“Artículo 162.

1. Están legitimados:

Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. Valoración hecha por: Sigfredo Hillers de Luque. Op. Cit. Pág. 719.

<sup>151</sup> Para estudiar más a fondo la figura del recurso de inconstitucionalidad en España ver: María Luisa Balaguer. Op. Cit. Y Asunción García Martínez “El recurso de inconstitucionalidad: El proceso directo de inconstitucionalidad”. Ed. Trivium S.A. Madrid. 1992. entre otros.

<sup>152</sup> Su legitimación constitucional es ratificada en la LO 3/81, del 6 de abril, BOE del 7 de mayo de 1981.

<sup>153</sup> Para todas las referencias a las atribuciones del Ombudsman polaco, ver: Arts. 79, 188 y 191 de la Constitución polaca (<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>).

<sup>154</sup> Arts. 281 y 283 de la Constitución portuguesa (<http://www.portugal.gov.pt/pt/GC18/Portugal/SistemaPolitico/Constituicao/Pages/default.aspx>).

América tenemos como ejemplos la Constitución guatemalteca de 1985<sup>156</sup>, la peruana de 1993<sup>157</sup>, la venezolana de 1999<sup>158</sup>, la ecuatoriana de 2007<sup>159</sup> y la boliviana de 2009<sup>160</sup>.

---

<sup>155</sup> Arts. 139 y 148e de la Constitución austriaca (<http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/index.html>).

<sup>156</sup> Art. 275 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y art. 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (<http://www.congreso.gob.gt/Pdf/Normativa/Amparo.PDF>), que reconoce al Procurador de los Derechos Humanos la legitimación activa para interponer acciones de inconstitucionalidad contra reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia.

<sup>157</sup> Arts. 200 y 203 de la Constitución Política del Perú y art. 99 de la Ley no 28237, del Código Procesal Constitucional, que atribuyen al Defensor del Pueblo peruano la facultad de plantear una acción de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley (<http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>).

<sup>158</sup> “La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas. La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor o Defensora del Pueblo, quien será designado o designada por un único período de siete años. Para ser Defensor o Defensora del Pueblo se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento y sin otra nacionalidad, mayor de treinta años, con manifiesta y demostrada competencia en materia de derechos humanos y cumplir con las exigencias de honorabilidad, ética y moral que establezca la ley. Las faltas absolutas o temporales del Defensor o Defensora del Pueblo serán cubiertas de acuerdo con lo dispuesto en la ley.” Artículo 280 Constitución República Bolivariana de Venezuela de 1999

“Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo: 1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento. 2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos. 3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley. 4. Instar al Fiscal o a la Fiscal General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos. 5. Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar respecto a los funcionarios

En teoría, esta posibilidad acercaría el modelo español a una acción popular, por la cercanía de este funcionario con el pueblo, sin embargo los términos impuestos a este recurso alejan esta posibilidad, haciendo del modelo español mucho más cercano al modelo de legitimación restringida, a pesar de ello es más amplio que en el caso italiano o alemán.

En la praxis el papel del defensor del pueblo español en los recursos de inconstitucionalidad ha sido discreto. Sin embargo, el Ombudsman español, podría tener un papel protagónico, en calidad de garante del

---

públicos o funcionarias públicas responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos. 6. Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del público consumidor y usuario, de conformidad con la ley. 7. Presentar ante los órganos legislativos municipales, estatales o nacionales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos. 8. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección. 9. Visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos. 10. Formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones necesarias para la eficaz protección de los derechos humanos, en virtud de lo cual desarrollará mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos. 11. Promover y ejecutar políticas para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos. 12. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.” Artículo 281 Constitución República Bolivariana de Venezuela de 1999.

<sup>159</sup> Para todas las referencias a las atribuciones del Defensor del Pueblo ecuatoriano, ver: Art. 215 de la Constitución Ecuatoriana, arts. 9.b) y 25.5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ([http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=17&Itemid=15](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=15)).

<sup>160</sup> Para todas las referencias a las atribuciones del Defensor del Pueblo boliviano, ver: Art. 222 de la Constitución boliviana (<http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>) y 55 de la Ley n.o 1836 del Tribunal Constitucional (<http://www.fiscalia.gov.bo/fiscalia/modulos/legislacion/documentos/%5B08%5Dley1836.pdf>), que atribuye al Defensor del Pueblo la facultad de plantear acciones directas o abstractas de inconstitucionalidad, de habeas corpus, de amparo constitucional, y el recurso directo de nulidad.

pueblo y su derecho a la Constitución de 1978, en aquellos casos en que una ley u otra norma con fuerza material de ley, la contraríen, sin embargo este es un camino poco explorado en España.<sup>161</sup>

#### **1.7.4 La acción de inconstitucionalidad en Latinoamérica**

En América Latina, muchos países han instaurado el sistema de control de constitucionalidad abstracto, ya sea de tipo restringido o popular, con carácter restringido tenemos el caso de Perú, donde existen varias autoridades legitimadas para instaurar la acción e incluso el pueblo en un numero plural<sup>162</sup>; México donde la figura es resiente, pues en su Constitución de 1917, solo estableció esta forma de control constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, que fue

---

<sup>161</sup> Valoración hecha por: María Luisa Balaguer. Op. Cit. Pág. 81 y ss.

<sup>162</sup> “Artículo 203°. Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

El Presidente de la República.

El Fiscal de la Nación.

El Defensor del Pueblo.

El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.

Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.

Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.

Los colegios profesionales, en materias de su especialidad. “

Diferentes aspectos de la acción de inconstitucionalidad peruana, se encuentran consagrados en la Constitución Política de 1993, desde el artículo 200 al 205.

adicionada mediante las reformas constitucionales de 1996 y 2006<sup>163</sup>; En Brasil se faculta al Supremo Tribunal Federal, en calidad de garante de

---

<sup>163</sup> “Artículo 105. La suprema corte de justicia de la nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 31 de diciembre de 1994).

II- de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la Federación el 22 de agosto de 1996).

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994).

a).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la cámara de diputados del congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del distrito federal expedidas por el congreso de la unión; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994)

b).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del senado, en contra de leyes federales o del distrito federal expedidas por el congreso de la unión o de tratados internacionales celebrados por el estado mexicano; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 31 de diciembre de 1994)

c).- El procurador general de la república, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del distrito federal, así como de tratados internacionales celebrados por el estado mexicano; (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 31 de diciembre de 1994)

d).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y (sic) (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 31 de diciembre de 1994)

e).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la asamblea de representantes del distrito federal, en contra de leyes expedidas por la propia asamblea. (reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 31 de diciembre de 1994)

f).- Los partidos políticos con registro ante el instituto federal electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del estado que les otorgo

la Constitución de la República Federativa del Brasil, expedida en 1988, para conocer las acciones de inconstitucionalidad presentadas por las autoridades enunciadas en el artículo 103 del texto constitucional.<sup>164</sup>

Además de Colombia, en América Latina otros países han legitimado al ciudadano para instaurar acciones inconstitucionalidad ante la Corte

---

el registro. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 22 de agosto de 1996)

g) La comisión nacional de los derechos humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del distrito federal, así como de tratados internacionales celebrados por el ejecutivo federal y aprobados por el senado de la república, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la república, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la comisión de derechos humanos del distrito federal, en contra de leyes emitidas por la asamblea legislativa del distrito federal. (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 14 de septiembre de 2006)

Constitución de los Estados Unidos de México de 1917, para ver más particularidades e inconvenientes del modelo mexicano ver: Joaquín Brage Camazano. En: *“La acción mexicana de inconstitucionalidad en el marco del derecho comparado: regulación actual y posibles líneas de evolución”*. Trabajo publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución, núm. 3, Porrúa, México, enero-junio 2005.

<sup>164</sup> “Art. 103. Puede interponer la Acción de inconstitucionalidad:

I el Presidente de la República;

II la Mesa del Senado Federal;

III la Mesa de la Cámara de los Diputados;

IV la Mesa de la Asamblea Legislativa;

V el Gobernador del Estado;

VI el Procurador General de la República;

VII el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil;

VIII los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional;

IX las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988.

Constitucional o sala de constitucionalidad, según el caso, así sucede en El Salvador<sup>165</sup>, Nicaragua<sup>166</sup> y Ecuador<sup>167</sup>, que en su Constitución del 2008, prevé la posibilidad de que cualquier ciudadano o ciudadana, de manera individual o colectiva, pueda instaurar este tipo de acción.

En Venezuela<sup>168</sup>, Panamá<sup>169</sup> y Bolivia<sup>170</sup> se va más allá, en cuanto se reconoce legitimación a cualquier persona, natural o jurídica, nacional o

---

<sup>165</sup> “Artículo 172. La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a esta Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley. Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”. Constitución de la República del Salvador de 1983.

<sup>166</sup> “Artículo 187.- Se establece el Recurso por Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento, que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano”. Constitución de la República de Nicaragua de 1987.

<sup>167</sup> “Artículo 441.- Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”. Constitución Política del Ecuador 2008.

<sup>168</sup> En Venezuela Acción de inconstitucionalidad está abierta a cualquier persona sin necesidad de invocar un interés especial y exenta de plazos de caducidad, en los términos de los artículos 334, 335 y 336: “Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley”. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. para estudiar a fondo el modelo venezolano ver: Carlos Ayala Corao. “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, en García-Belaunde, D.; Fernández Segado, F. (coord.): “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”. Madrid. 1997 y Allan

extranjera o que no tenga la edad necesaria para ejercer sus derechos políticos.

En Guatemala<sup>171</sup> se reconoce legitimación también a cualquier persona, pero solo con el auxilio de tres abogados colegiados activos.<sup>172</sup>

---

Brewer-carías: “El sistema mixto e integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela”. Bogotá, 1995

<sup>169</sup> “Artículo 203 La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

La guarda de la integridad de la Constitución para la cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de la Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona”. Constitución de la República de Panamá de 1972.

<sup>170</sup> “Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley.” Artículo 133 de la Constitución de Bolivia de 2008

<sup>171</sup> “Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general. Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad”. Constitución de la República de Guatemala de 1985. El artículo 276 del mismo texto constitucional que reza: “Artículo.- 276.- Ley Constitucional de la materia. Una ley constitucional desarrollará lo relativo al amparo, a la exhibición personal a la constitucionalidad de las leyes”. El artículo 134 de la LAEP, establece que están legitimados para iniciar acciones de inconstitucionalidad: “a. La Junta Directiva del Colegio de Abogados, a través de su Presidente.

b. El Ministerio Público, a través del Procurador General de la Nación. Respecto de este inciso, vale la pena mencionar que con las reformas constitucionales de 1993 se crearon en forma autónoma la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio Público, y se estableció jurisprudencialmente la legitimación de ambos para promover la acción de inconstitucionalidad. Así,

tanto el Ministerio Público, a través del Fiscal General de la República, como el Procurador General de la Nación, debidamente instruido por quien corresponda, poseen legitimación activa para promover esta acción.

c. El Procurador de los Derechos Humanos, en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia.

d. Cualquier persona, con el auxilio de tres abogados colegiados activos.”

En Uruguay<sup>173</sup>, Honduras<sup>174</sup> y Paraguay<sup>175</sup> se exige en cambio un interés personal, legítimo y directo para que cualquier persona pueda impugnar la constitucionalidad de una norma.

---

<sup>172</sup> La acción de inconstitucionalidad con carácter general en Guatemala permite la denominada acción popular limitada, pues aunque está dirigida a cualquier persona, es necesario el acompañamiento de tres profesionales del derecho inscritos en el colegio de abogados, ver: Saúl Dighero Herrera. "El control de constitucionalidad de las leyes en Guatemala". Trabajo que fue presentado por el autor, en calidad de Presidente de la Corte Constitucional de Guatemala, en ocasión del IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, realizado por la Fundación Konrad Adenauer, la Universidad Federal de Santa Catarina y el Supremo Tribunal Federal de Brasil en Florianópolis del 2 al 6 de junio de 2002.

<sup>173</sup> "Artículo 258. La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo: 1°) Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia. 2°) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial." Constitución de la República oriental del Uruguay de 1997. CEn Uruguay el asunto se encuentra regulado en el Art. 258 de la Constitución Nacional que dispone la existencia de tres vías: a. Vía de acción; La vía de acción se materializa en una acción, directa, ante la Suprema Corte de Justicia. Con la misma se inicia un nuevo proceso. El tema se encuentra regulado en el Código General del Proceso, Art. 512. Debe efectuarse por escrito, indicándose, como en todas las vías, con precisión, los preceptos constitucionales que se entienden han sido violados por la ley. La norma exige una legitimación activa de interés directo, personal y legítimo. Directo significa que la lesión debe ser directamente a su persona. Por ejemplo una ley que excluyera a las mujeres de determinados derechos. En ese caso serán éstas las que podrán incoar la acción en virtud de ser las directamente lesionadas Personal significa que será el presuntamente lesionado el que debe presentar la acción de inconstitucionalidad, salvo, obviamente, representación. Se excluyen asociaciones intermedias, como por ejemplo los sindicatos, organización de arrendatarios, etc. Tampoco podría accionar el Defensor del Pueblo, si el órgano se creara por ley.

Legítimo, unido a interés, refiere a una de las situaciones jurídicas subjetivas legitimantes para accionar en general. Así, por ejemplo, sucede en la acción de amparo. El otro supuesto es el de derecho subjetivo que es la situación jurídica subjetiva donde un individuo puede exigir determinada conducta a alguien y, éste, está obligado a actuar de conformidad. El derecho subjetivo puede ser perfecto (no limitable por ley, por ejemplo derecho a la vida) o limitable o imperfecto, por ejemplo derecho de propiedad. Se diferencia del interés legítimo en tanto, en este último caso, el exigido no tiene la obligación de actuar de acuerdo a lo que se le quiere imponer, porque su decisión, reglada por normas de organización de la Administración que tienen por objeto satisfacer el interés público, le permiten una cierta discrecionalidad. Para profundizar en el tema ver: Horacio Cassinelli Muñoz: "Derecho Público". Montevideo 1997, ed. Fundación de Cultura Universitaria.

---

Eduardo Esteva Gallicchio "La jurisdicción constitucional en Uruguay". EN "La jurisdicción constitucional en Iberoamérica", D. García Belaúnde y F. Fernández Segado, Coordinadores, ed. Dykinson y otras, Madrid 1997, Págs. 901-926, Eduardo Esteva Gallicchio. "Informe nacional: Uruguay". En "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, Págs. 357-377.

<sup>174</sup> "Artículo 184.- Las Leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido.

A la Corte Suprema de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas" y "Artículo 185.- La declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, podrá solicitarse, por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo.

1. Por vía de acción que deberá entablar ante la Corte Suprema de Justicia;
2. Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial; y
3. También el Juez o Tribunal que conozca en cualquier procedimiento judicial, podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad antes de dictar resolución.

En este caso y en el previsto por el numeral anterior, se suspenderán los procedimientos elevándose las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia". Constitución de la República de Honduras de 1982. En el caso Hondureño es interesante mencionar que los jueces también están facultados para iniciar de oficio una acción de inconstitucionalidad de una ley.

<sup>175</sup> "Artículo 260 -. Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:

conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a este caso".

Constitución de la República del Paraguay de 1992, esta norma es complementada con el artículo 550 del Código de Procedimiento Civil, que faculta para accionar a "toda persona lesionada en sus legítimos derechos", lo que significa que en Paraguay existe una acción popular, que permite a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, individual o colectiva para iniciar este tipo de acción, pero con el condicionamiento de que debe demostrar que se encuentra lesionada en sus legítimos derechos. Ver: Manuel Ramírez Candía. "Derecho Constitucional Paraguayo. Tomo I.

En Chile<sup>176</sup>, una reciente reforma ha establecido la acción ciudadana de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, siempre y cuando el mismo Tribunal haya declarado la inaplicación de la norma<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> “Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

7º Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior” Constitución de la República de Chile de 1980, reformada en 2005.

En el caso del número 7º, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio.

<sup>177</sup> “La legitimación activa queda radicada así en cualquier ciudadano, pudiendo este requerir al Tribunal Constitucional la expulsión del ordenamiento jurídico de cualquier precepto legal que haya sido previamente declarado inaplicable por el propio Tribunal en control concreto. Asimismo, la Constitución prevé que el propio Tribunal Constitucional puede, de oficio, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable en control concreto.”

## CAPÍTULO 2.

### LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

#### INTRODUCCIÓN

En Colombia, el principio de Supremacía Constitucional se encuentra consagrado en el artículo 4° de Constitución de 1991, al establecer que la Constitución es norma de normas y en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley o aquella y otra norma, deberán preferirse los preceptos constitucionales.<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> “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.” Artículo 4, Constitución Política de Colombia.

“El artículo 4° de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a estos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución –lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de la acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular”.

“Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del orden jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control de constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.”. Corte Constitucional Colombiana, sala primera de revisión, Sentencia T-614 de 1992.

El control de constitucionalidad de la Ley y los decretos con fuerza material de Ley, no es una facultad exclusiva de la Corte Constitucional, pues existen otras autoridades que también cumplen con esta función, amparados por el artículo 4° de la Constitución Política de 1991. La Corte Constitucional conoce de las acciones de inconstitucionalidad instauradas por los ciudadanos contra actos reformativos de la Constitución, Leyes y decretos con fuerza material de Ley, sin embargo, no puede hablarse de un control de constitucionalidad concentrado, como los casos italiano, alemán o español, tratados en el capítulo anterior, pues existen otras autoridades y procedimientos encaminados a hacer efectiva la Constitución. Es el caso de los jueces, los demás servidores públicos y hasta los particulares con el deber de aplicar una norma jurídica, ya que estos pueden hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, configurándose un tipo de control de constitucionalidad que la Corte Constitucional ha llamado *difuso funcional*,<sup>179</sup> que no debe confundirse con el norteamericano, también ya abordado en el presente trabajo, donde solo los jueces son los llamados a velar por el cumplimiento de la Constitución. Las muchas autoridades que lo realizan y los múltiples mecanismos existentes, han generado en

---

<sup>179</sup> “Como bien es sabido, el control de constitucionalidad en Colombia se vio reforzado con la creación de la Corte Constitucional. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que nuestro país ha adoptado el llamado “control concentrado” o austríaco, pues en realidad éste sigue siendo de carácter difuso funcional. Lo anterior, habida cuenta de que además de los pronunciamientos que realice esta Corporación, al Consejo de Estado se le ha atribuido, dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional (Art. 237-1). Como si lo anterior no fuese suficiente, el artículo 4o superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política. Tampoco puede olvidarse que dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver de un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional.” Sentencia C 037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia un complejo e inseguro sistema de salvaguarda constitucional.<sup>180</sup>

Es complejo<sup>181</sup>, porque muchas autoridades pueden realizarlo, existen muchos mecanismos y puede efectuarse en muchos momentos.<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> Como ejemplo de críticas hechas al control de constitucionalidad en Colombia tenemos: “Para llegar a mi conclusión final en este acápite, considero pertinente tener en cuenta una visión realista de la situación de nuestro sistema de control de constitucionalidad imperante; su realidad nos muestra un sistema desarticulado, mixto y complejo, donde constitucionalmente se habilita a la Corte Constitucional para ejercer funciones relativas a la guarda de la integridad de la Carta política, entendiéndose según el tenor literal de la ley que nuestro sistema es de carácter concentrado; sin embargo a su vez se contempla en nuestras instituciones el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, debido a que según un criterio amplio del artículo 4 de la Carta, existe un deber genérico para todos los llamados a ejercer jurisdicción, hagan primar la Constitución sobre la ley” BERNAL CANO. Natalia. La Excepción de Inconstitucionalidad y su Aplicación en Colombia. Ed: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Medellín. 2002. Pág. 294

En Colombia también hay autores que defienden el modelo de control de constitucionalidad existente al afirmar: “El sistema de control constitucional más eficiente, completo, experimentado, avanzado y depurado de occidente y por lo tanto del orbe, pues aglutina la organización, los mecanismos y la operancia de todos los existentes”. GAONA CRUZ. Manuel. Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Ed: Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Pág. 67

<sup>181</sup> “Pero en Colombia el sistema de control es mucho más amplio, pues sobrepasa este supuesto en la medida que él está configurado de una manera tal que resulta tanto integral como complejo y abierto. Se dice que es integral porque las opciones de control abarcan la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico, desde los actos reformativos de la Constitución (Actos Legislativos), hasta las más discretas normas reglamentarias del orden local. Es complejo en la medida que su ejercicio está encomendado a diversas instancias de la organización estatal: tenemos así que en la Rama Judicial cumplen con esta labor la jurisdicción constitucional (Corte Constitucional), la contencioso administrativa (Consejo de Estado, tribunales de lo contencioso administrativo y jueces administrativos) y la ordinaria (todos los jueces de la República, desde la Corte Suprema, hasta los jueces promiscuos municipales); que también el gobierno, en sus expresiones nacional, departamental y municipal coadyuva en el ejercicio de esta función e incluso la administración pública tiene el deber de asegurar la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico.” ZULUAGA, Ricardo. El carácter Integral Complejo y Abierto del Sistema Colombiano de Control de constitucionalidad. Ensayo. Consulta en línea [16/10/2007]. Disponible en línea [[http://www.puj.edu.co/banners/EL\\_CHARACTER\\_INTEGRAL.pdf](http://www.puj.edu.co/banners/EL_CHARACTER_INTEGRAL.pdf)]

Carlos Restrepo Piedrahita, uno de los mejores historiadores del derecho constitucional colombiano, al referirse al control de constitucionalidad en Colombia dijo que era anti técnico y anárquico.<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> “El control constitucional surge entonces, como una garantía básica dentro del Estado de derecho con el fin de hacer efectivo el principio de integridad y supremacía de la Constitución.

La Carta política consagra, en forma expresa, el derecho que tiene todo ciudadano de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley (art. 40-6), como una derivación del derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político y señala los distintos instrumentos o acciones que se pueden ejercitar contra los actos jurídicos que atenten contra sus preceptos y principios, a saber: la acción pública de inconstitucionalidad (arts. 241 y ss C.P), la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art. 237-2 C.P.) la acción de tutela (art. 86 C.P.) y, aunque no es considerada como una acción, también se puede incluir aquí la excepción de inconstitucionalidad, como un corolario del derecho a la supremacía de la Constitución.

Sin embargo, no son éstas las únicas vías que existen para ejercer el control constitucional, pues en dicho ordenamiento también se establecen otras formas, vr. gr. la revisión automática u oficiosa de determinados decretos y leyes (art. 241 C.P.) que corresponde ejercer a la Corte Constitucional; el examen de las objeciones presidenciales a cargo de esa misma corporación cuando han sido rechazadas por las Cámaras Legislativas (art. 167); y el que realizan los Tribunales Administrativos cuando deben resolver las objeciones que, por motivos de inconstitucionalidad, presentan los Gobernadores contra los proyectos de Ordenanzas dictadas por las Asambleas Departamentales, y cuando deciden sobre la constitucionalidad de los actos de los Concejos Municipales, de los Alcaldes (art. 305-9-10 C:P.) y, en general de todos los actos de la autoridades departamentales y municipales. Como también en los casos a que alude la ley que regula las instituciones y los mecanismos de participación ciudadana” Sentencia C 560 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>183</sup> “El abigarrado sistema colombiano de control de constitucionalidad es el más anti técnico de los que contemporáneamente existen en los Estados. Es la más hipertrófica y sofisticada forma del denominado control difuso...

...Nótese que el carácter difuso del método americano se limita apenas al ámbito judicial. En Colombia por interpretación extensiva y ultra extensiva, comprende al legislativo, al ejecutivo y al judicial. Y más todavía: adicionados al régimen incidental o de excepción – dentro de cual aún si petición de parte pueden ponerlo en práctica las distintas autoridades- se hallan los otro medios de control específico o regulado que atrás fueron enumerados. El enunciado tradicional todavía explícito en la letra del artículo 214 (originado en el artículo 41 de la reforma de 1910) de que la Corte Suprema de Justicia tiene atribuida la guarda de la integridad de la Constitución, no es ya exclusiva de ese organismo jurisdiccional. También lo es del Consejo de Estado desde 1945. También del Presidente de la República. Lo son los gobernadores. Los Tribunales administrativos. Y cualquiera otras autoridades que tengan la función de aplicar las leyes. Peor que sistema de control difuso, tratase de control *anárquico*. RESTREPO PIEDRAHITA. Carlos E. Tres

Es inseguro, porque cuando tantas autoridades realizan el control de constitucionalidad y no todos los procedimientos están reglados, ni sujetos a mecanismos de verificación, cada cual puede estar tentado a actuar no conforme a la Constitución sino a intereses particulares.<sup>184</sup>

En este capítulo se pretende abordar las diferentes modalidades de control de constitucionalidad existentes en Colombia, exceptuando la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, por ser el tema central de la presente investigación y objeto de estudio en el capítulo III del presente escrito.

## **2.1. La Supremacía Constitucional en Colombia**

El carácter de Supremacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico colombiano es fundamental para determinar la validez del resto de normas que lo integran. Se encuentra expresamente recodado por el mismo texto constitucional en el artículo 4° al declarar que la Constitución es norma de normas y en todo caso de incompatibilidad entre ésta y la ley u otra norma debe prevalecer la Constitución. Es en el orden jurídico vigente, la máxima norma a la cual deben someterse las leyes, actos administrativos, decisiones judiciales y

---

Ideas Constitucionales. Ed: Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1978. Págs. 92, 95 y 96.

<sup>184</sup> Un texto que muestra lo problemático e inseguro del control de constitucionalidad en Colombia es el publicado por el profesor Manuel Quinche Ramírez. La Elusión Constitucional: Una política de evasión del control de constitucionalidad en Colombia. Ed: Universidad del Rosario. Bogotá. 2009.

todas actuaciones de los órganos del poder público que precisamente la Constitución ha establecido.<sup>185</sup>

Recién expedida la Constitución Política de 1991, que establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y que establecen derechos que no pueden ser suspendidos

---

<sup>185</sup> “El principio de prevalencia o supremacía de la Constitución se encuentra consagrado en el artículo 4 de ese mismo ordenamiento, en los siguientes términos: ‘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’, y a él se ha referido la Corte en múltiples fallos fijando su sentido y alcance. Veamos: “La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello ‘fuente de fuentes’, norma *normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4.’ Las consecuencias que se derivan del principio de supremacía apuntan no sólo al reconocimiento de una norma jurídica como piedra angular filosófico-política que rige todas las actividades estatales y a la cual están subordinados todos los ciudadanos y los poderes públicos, sino que legitima además las normas jurídicas que se expidan congruentes con ella. Dicho de otro modo: la Constitución es norma fundante en una dimensión tanto axiológica (v. gr. establece principios, derechos fundamentales y pautas interpretativas), como instrumental (proporciona los mecanismos para lograr armonía y coherencia en la aplicación de la Constitución), y en ese orden de ideas, el principio de supremacía da cabida a la consagración de garantías fundamentales como fines prioritarios del Estado, y el establecimiento de controles de todo el ordenamiento y de una jurisdicción especial encargada de velar por su integridad. La integridad y supremacía de la Constitución ha sido considerada como ‘un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas se concede a ellas por la Constitución para vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas.” Sentencia C 400 de 2013. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Nilson Pinilla.

bajo estados de excepción prevalecen en el orden jurídico interno<sup>186</sup>, surgió la discusión acerca de ¿qué tenía mayor nivel jerárquico? ¿El texto de la Constitución o los tratados a los que se refiere el citado artículo 93 de la Constitución colombiana? La Corte Constitucional solucionó el problema trayendo del constitucionalismo francés la noción Bloque de Constitucionalidad.<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.” Artículo 93 Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>187</sup> “El concepto bloque de constitucionalidad se originó en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. Luis Favoreu sostuvo que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por primera vez se utilizó el concepto de normas de constitucionalidad (la expresión como tal fue acuñada por la doctrina, no por la jurisprudencia), bajo la denominación de “principios y reglas de valor constitucional”, para hacer referencia al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley. También en Derecho Administrativo se utilizó la expresión “bloque de legalidad”, importada de Hauriou, para referirse al conjunto de leyes, principios y reglas a que estaba sometida la Administración, que no tenían jerarquía legal. Dice entonces Favoreu que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en donde el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, tal como fue confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946. Rubio Llorente advierte que después de arraigarse en Francia, el concepto pasó a otros países europeos, como España. Sostiene al respecto que el Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82 y recuerda que dicho tribunal se refirió al bloque como “a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen” (STC 29/1982) (JC, vol III, pág 371). Rubio Llorente, Francisco, Bloque de constitucionalidad, Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, número 2ce7, septiembre-diciembre 1989.

En Colombia el articulado de la Constitución de 1991 no es el único referente de validez del ordenamiento jurídico, pues hay otras normas de rango constitucional, diferentes a las consagradas en el texto constitucional y que están al mismo nivel de éste y juntas forman el denominado Bloque de Constitucionalidad.<sup>188</sup> Está integrado por aquellas reglas y principios del orden constitucional, a las cuales deben sujetarse las normas de rango inferior que conforman el orden jurídico nacional. Al texto constitucional se incorporaron normas de rango supraestatal encaminadas a hacer efectivos los derechos humanos. Esa incorporación la autorizó el constituyente 1991, a través de los artículos 9<sup>189</sup>, 44<sup>190</sup>, 53<sup>191</sup>, 93, 94<sup>192</sup>, 101<sup>193</sup>, 214<sup>194</sup> y 241<sup>195</sup> de la Constitución

---

<sup>188</sup> Uno de los primeros casos en los que la Corte Constitucional de Colombia desarrolló la doctrina del bloque de constitucionalidad fue el relativo a la obediencia debida de los militares en las Sentencias C-225 de 1995 –que define el bloque de constitucionalidad como aquel que está compuesto por normas y principios que han sido integradas normativamente a la Constitución por mandato de ella misma–, y la C-578 de 1995 –de mucha importancia, porque se refiere a que los miembros de las fuerzas militares no pueden excusarse de la responsabilidad por la comisión de crímenes de guerra, alegando que obraron por mandato de un superior que da la orden–. Aquí, se decide conforme los cuatro convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, que se incorporaron al bloque de constitucionalidad colombiano. Durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, y los primeros años de la Constitución Política de 1991, no se consideraba el bloque de constitucionalidad como el conjunto de normas de rango constitucional que gobernara las decisiones judiciales, como para juzgar la exequibilidad de derecho interno.

<sup>189</sup> “Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.” Artículo 9 Constitución Política de Colombia de 1991

<sup>190</sup> “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

---

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” Artículo 44 Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>191</sup> “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” Artículo 53 Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>192</sup> “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” Artículo 94 Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>193</sup> “Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación.

Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República.

Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen.

También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la

---

órbita geostacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.” Artículo 101 Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>194</sup> “Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.

5. El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.

6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.” Artículo 214 Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>195</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

---

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

7. 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.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

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

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Modificado por el art. 14, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

*Texto original:*

*Darse su propio reglamento.*

12. Adicionado por el art. 14, Acto Legislativo 02 de 2015. Con el siguiente texto: Darse su propio reglamento.

PARAGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanao el vicio, procederá

Política de Colombia de 1991. Por lo tanto, no solo la Constitución escrita, sino todas las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, son normas de normas y por ende referentes de validez.

Es posible que un mandato del articulado de la Constitución choque con una norma supra nacional, la Corte Constitucional colombiana ha establecido los parámetros para que la norma supranacional prevalezca sobre la norma del texto constitucional y cuáles son los efectos esta prevalencia que no necesariamente se da en todos los casos ni invalida automáticamente la norma interna<sup>196</sup>.

El Tribunal Constitucional colombiano ha expresado que existe el bloque de constitucionalidad entendido de dos maneras: el Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto y el Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio.<sup>197</sup> Del primero, hacen parte el articulado de la

---

a decidir sobre la exequibilidad del acto.” Artículo 241 Constitución Política de Colombia de 1991

<sup>196</sup> En la sentencia C-1189 del 2000 de la Corte Constitucional, expresa: “Tal como se estableció en la sentencia C-400 de 1998, la primacía moderada de las normas internacionales en el orden interno, no trae como consecuencia que las disposiciones nacionales con las cuales estas entren en conflicto pierdan, por ese motivo, su validez; lo que sucede es que, en cada caso concreto, la aplicación de la ley nacional deberá ceder frente a la de la norma de mayor jerarquía. En el fallo que se cita, la Corte formuló este principio así: “la doctrina y la jurisprudencia internacionales han reconocido que la supremacía de los tratados sobre los ordenamientos internos de los Estados no implica la invalidación automática de las normas internas contrarias a los compromisos internacionales, por cuanto, para los ordenamientos nacionales y para los jueces nacionales, esas disposiciones internas pueden seguir teniendo plena validez y eficacia, por lo cual son aplicables. Lo que sucede es que si los jueces aplican esas normas contrarias a un tratado, entonces eventualmente pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado en cuestión”.

<sup>197</sup> “... resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por

Constitución<sup>198</sup>, el preámbulo de Constitución<sup>199</sup>, los tratados internacionales sobre derechos humanos a los que se refiere el artículo 93 de la Constitución y los tratados limítrofes celebrados por el Estado Colombiano con otros estados. Del segundo tipo de bloque o bloque de constitucionalidad en sentido amplio, hacen parte: las mismas normas del estricto más las leyes estatutarias<sup>200</sup>, las leyes orgánicas<sup>201</sup> y los demás tratados internacionales sobre derechos humanos.<sup>202</sup>

---

aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.” Sentencia C-191 de 1998 Corte Constitucional de Colombia M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>198</sup> La Constitución Política de Colombia cuenta con 380 artículos y a la fecha 67 artículos transitorios.

<sup>199</sup> “El Pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución” Preámbulo de la Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>200</sup> “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias

- a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b. Administración de justicia;
- c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;
- e. Estados de excepción.

Las normas del bloque de constitucionalidad se han de interpretar en forma consistente con el texto de la Carta Política, de manera que se integren con este en forma armónica para constituir un parámetro coherente de obligatorio cumplimiento por el legislador y demás poderes públicos. Además, la pertenencia de una determinada norma internacional al bloque de constitucionalidad no puede ser interpretada

---

f. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

g. Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la Constitución, de conformidad con el presente acto legislativo.” Artículo 152 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

“La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.” Artículo 153 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>201</sup> “El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.” Artículo 153 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>202</sup> “La existencia del bloque de constitucionalidad adquiere una gran importancia para todos los operadores jurídicos en aquellos ordenamientos, como el colombiano, que tienen alguna forma de justicia constitucional. En efecto, esta noción amplía los términos del debate constitucional, tanto en los procesos de control abstracto como en las acciones de tutela y amparo, pues implica que las normas a tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos. El bloque de constitucionalidad es pues “uno de los elementos básicos para realizar un juicio de constitucionalidad” ya que “irradia un criterio interpretativo y aplicativo que ningún operador jurídico debe dejar de considerar”. UPRIMNY, Rodrigo. El bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En: *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Vol. I. Ed. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Tercera edición. Bogotá: 2003. P. 102.

en términos de que esta última siempre prevalezca sobre la Constitución Política, sino que dicha inclusión conduzca necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen, pero de rango constitucional.<sup>203</sup>

Según la Sentencia C 028 de 2006, las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no constituyen referentes autónomos del control de constitucionalidad, y la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, en el sentido de que no es de su competencia verificar la conformidad de las leyes con los tratados internacionales. Corrobora lo anterior la sentencia C-291 de 2007, que expresa que las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen con una función interpretativa del derecho, en la medida en que a partir de ellas se determina o esclarece el contenido de las cláusulas constitucionales, así como los márgenes de aplicabilidad de los derechos fundamentales<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> “Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador. (...) En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución.” Sentencia C 028 de 2006. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>204</sup> La función interpretativa de las normas correspondientes al bloque de constitucionalidad, también es abordada por las sentencias C-578 de 2002 y C-047 de 2006.

## 2.2. El Control de Constitucionalidad en Colombia

El tema del control de constitucionalidad en Colombia es problemático, porque como se hizo alusión en la introducción del presente capítulo, existen muchas autoridades, mecanismos y procedimientos encaminados a hacer efectiva la Constitución. Algunos llaman nuestro control mixto<sup>205</sup>, pues es ejercido de manera concentrada por la Corte Constitucional frente a actos reformativos de la Constitución, las leyes, los decretos con fuerza material de ley y demás aspectos contenidos en el artículo 241<sup>206</sup> de la Constitución (que el control de constitucionalidad

---

<sup>205</sup> Por ejemplo Allan R. Brewer – Carias, en el “Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, No 39, 1995.

<sup>206</sup> Según el artículo 241 de la CP, a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Las funciones que cumple, conforme el artículo 241, son las siguientes: “1) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación. 2) 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. 3) Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto en su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presentaren los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6) Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7) 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. 8) Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9) Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o

de la ley y los decretos con fuerza material de ley se encuentre concentrado en cabeza de la Corte Constitucional es discutible, pues como se verá en el presente trabajo otras autoridades pueden inaplicar estas normas) y de manera difusa en el Consejo de Estado que según el artículo 237 N°2<sup>207</sup> que conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos del Gobierno Nacional que no sean competencia de la Corte Constitucional<sup>208</sup>, el resto de la jurisdicción contencioso administrativa y otras autoridades, como se verá en presente capítulo.

---

impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República solo podrá manifestar el conocimiento formulando la correspondiente reserva. 11) Darse su propio reglamento. **Parágrafo:** Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanao el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto”.

<sup>207</sup> Artículo 237. “Son atribuciones del Consejo de Estado: “...” 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional...” Además, el artículo 37 de la ley 270 de 1996, prescribe: “De la sala plena de lo Contencioso Administrativo. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales: (...) 9. (Numeral modificado tácitamente por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998). De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa...”.

<sup>208</sup> “La titularidad del poder judicial de control de constitucionalidad abstracto, ha sido radicado en cabeza de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. En la primera, respecto de normas constitucionales, legales, decretos a los que la Constitución les asigna fuerza de ley, y otros actos con contenido material de ley o que forman parte del trámite legislativo. Al Consejo de Estado, en relación con “decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. Con tal sistema de control judicial se busca que en la expedición de las normas que integran el ordenamiento jurídico, se respete la jerarquía de la Carta Fundamental, como norma de normas, de modo que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplique las disposiciones constitucionales, tal como lo preceptúa el artículo 4° constitucional.” Sentencia C 415 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

Cumpliendo con el deber de velar por nuestra Carta Magna, la Corte Constitucional colombiana realiza cuatro tipos de control de constitucionalidad. El primero es el control abstracto de constitucionalidad sobre normas. El segundo es la eventual revisión de constitucionalidad de las tutelas presentadas en el país; el tercero es el control concreto de constitucionalidad en algunos casos de excepción de inconstitucionalidad y el cuarto, es control de constitucionalidad a los mecanismos de participación ciudadana en los términos previstos en la Constitución y en las leyes estatutarias<sup>209</sup> que regulan la materia.<sup>210</sup>

Ejerciendo dichos controles, el Tribunal Constitucional colombiano expide tres tipos de sentencias a saber: sentencias C, que son decisiones acerca de la constitucionalidad de normas, pero solo de aquellas que la Corte es competente para conocer conforme al ya mencionado artículo 241. Sus efectos son *erga omnes*. Se aclara que no solo la Corte realiza control abstracto de constitucionalidad, también lo realiza la jurisdicción contencioso administrativa, que en Colombia está conformada por los jueces administrativos, los tribunales contencioso

---

<sup>209</sup> Son leyes estatutarias que regulan los mecanismos de participación ciudadana en Colombia la 134 de 1994 y la 1557 de 2015

<sup>210</sup> “La Corte Constitucional, como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución, ejerce cuatro tipos de control constitucional. El primero, es el control abstracto de normas contenidas en actos legislativos, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, proyectos de ley o tratados (artículo 241, #1, 4, 5, 7, 8 y 10, CP). El segundo, es el control por vía de revisión de las sentencias de tutela, el cual a su turno puede versar sobre acciones u omisiones de orden fáctico o de orden jurídico y que comprende el control constitucional de providencias judiciales y laudos arbitrales (artículo 86 y 241 #9, CP). El tercero, es el control por vía excepcional en el curso de un proceso concreto mediante la aplicación preferente de la Constitución (artículo 4, CP). El cuarto, es el control de los mecanismos de participación ciudadana en sus diversas manifestaciones (artículo 241, # 2 y 3, CP).” Sentencia T 203 de 2002. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda.

administrativos y el Consejo de Estado, a través de mecanismos que se abordaran en el presente capítulo.

Las sentencias T son decisiones de tutela, pues en Colombia todas las tutelas van a la Corte Constitucional<sup>211</sup>, pero no todas son seleccionadas por la Corte para su revisión. Estas sentencias son decisiones de tres magistrados y sus efectos son *inter partes*, en algunos casos *inter pares*<sup>212</sup> y excepcionalmente *inter comunis*.<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> “La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.” Artículo 33 Decreto 2591 de 1991.

<sup>212</sup> “La Corte, ha decidido en varios casos emplear la figura de los efectos *inter comunis* para modular sus fallos con el fin de extender las decisiones adoptadas en procesos de tutela a personas que, estando en situación equiparable a la de los demandantes, no han instaurado la acción respectiva, acudieron a la tutela y obtuvieron respuestas dispares, o acudieron a un procedimiento separado. En este orden, si bien por regla general los efectos de la tutela son *inter partes*, la Corte ha modulado los efectos de sus sentencias para asegurar el derecho a la igualdad de quienes hacen parte de un universo objetivo de personas que se encuentran en la misma situación de los demandantes.” Sentencia T 272 de 2014. Corte Constitucional de Colombia. M.P. María Victoria Calle.

<sup>213</sup> “Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.

En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del

Las sentencias U son unificadoras de jurisprudencia, allí la Corte busca unificar criterios en un tema que causa polémica al interior del Tribunal Constitucional y pueden tener los mismos efectos que las sentencias T, son decisiones de la Corte en pleno, es decir los nueve magistrados que la integran y establecen los lineamientos que a futuro deben seguir las diferentes salas de revisión de tutelas en casos similares.

---

derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado.

Igualmente, en desarrollo del principio constitucional de igualdad, la ley otorga carácter preferencial a las acreencias laborales. Por ello, a los pensionados de una empresa en liquidación obligatoria que no dispone de los recursos suficientes para cumplir siquiera con las obligaciones preferentes en materia pensional, les asiste el derecho de beneficiarse, en igualdad de condiciones, de la distribución de los activos disponibles en la liquidación. En estos eventos, se está frente a un derecho de participación proporcional en consideración del número de beneficiarios que ostenten el mismo carácter de pensionados, del monto total de la deuda por concepto de mesadas pensionales y de la participación porcentual de cada uno de ellos en dicha deuda. Todos los pensionados son titulares del derecho a la igualdad y a la participación, de tal forma que en casos especiales como éste al tutelar derechos de uno o varios de ellos se vulneran derechos de quienes no acuden directamente a la acción de tutela, pues su mínimo vital está igualmente comprometido con el no pago de las acreencias pensionales.” Sentencia SU 1023 de 2001. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda.

La posibilidad de extender los efectos de una sentencia a los miembros de un grupo, aun cuando no hayan participado directamente en el proceso tampoco resulta extraña en el derecho Colombiano. Entre otras disposiciones se encuentran, el Decreto 3466 de 1982, que consagró la acción indemnizatoria en favor de grupos de consumidores por daños causados por bienes o productos defectuosos; la Ley 45 de 1990, sobre intermediación financiera, que en su artículo 76 regula las acciones de clase para proteger los derechos de personas perjudicadas por prácticas desleales como la realización de operaciones con base en información privilegiada; el **Decreto 0653 de 1993**, por el cual se expide el estatuto orgánico del mercado público de valores y en su Artículo 1.2.3.2.- regula las acciones de clase para permitir que las personas perjudicadas por la realización de operaciones con base en información privilegiada puedan intentar la correspondiente acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado; la **Ley 472 de 1998**, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, que determina cuándo proceden las acciones de grupo y los efectos de la cosa juzgada respecto de quienes no participaron en el proceso (artículos 46, 65 y 66).

En Colombia las decisiones de la Corte Constitucional tienen fuerza vinculante de diferente índole, según el tipo de sentencia y los efectos que la propia Corte le conceda.<sup>214</sup> El máximo Tribunal de constitucionalidad colombiano ha dicho que puede modular los efectos de sus sentencias según las diferentes circunstancias en aras de la

---

<sup>214</sup> “La jurisprudencia constitucional ha precisado que, dado que todas las autoridades se encuentran sometidas al “imperio de la ley” lo cual significa por sobre todo al imperio de la Constitución, de conformidad con los artículos 2 y 4 Superiores, (i) la tarea de interpretación constitucional no es tarea reservada a las autoridades judiciales, y (iii) que dicha interpretación y aplicación de la ley y de la Constitución debe realizarse conforme a los criterios determinados por el máximo tribunal competente para interpretar y fijar el contenido y alcance de los preceptos de la Constitución. Esta obligación por parte de las autoridades administrativas de interpretar y aplicar las normas a los casos en concreto de conformidad con la Constitución y con el precedente judicial constitucional fijado por esta Corporación, ha sido reiterada en múltiples oportunidades por esta Sala, poniendo de relieve el deber de las autoridades administrativas de ir más allá de las normas de inferior jerarquía para aplicar principios, valores y derechos constitucionales, y de aplicarlos en aras de protegerlos y garantizarlos. En relación con los parámetros de interpretación constitucional para la administración, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que (i) la Constitución es la norma de normas, (ii) su interpretación definitiva corresponde a la Corte Constitucional, de conformidad con el art. 241 Superior, (iii) que por tanto al ser la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, la interpretación que haga de ella es vinculante para todos los operadores jurídicos, administrativos o judiciales; y (iv) que el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial es absoluto en el caso de las autoridades administrativas, quienes no gozan de la autonomía que le corresponde a los jueces. A este respecto ha dicho la Corte: “La Constitución Política es una norma. Por lo mismo, su aplicación y respeto obliga a un constante ejercicio hermenéutico para establecer su sentido normativo. La función definitiva en esta materia corresponde a la Corte Constitucional, conforme se desprende del artículo 241 de la Constitución. Así, al ser guardiana de la supremacía e integridad de la Carta, la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces.” En suma, en relación con la obligatoriedad y alcance de la doctrina constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha aclarado que esta deviene de que la Constitución es norma de normas, y el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta, por eso, las sentencias de la Corte Constitucional constituyen para las autoridades administrativas una fuente obligatoria de derecho.” Sentencia C 539 de 2011. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

protección de los derechos fundamentales y la Supremacía de la Constitución.<sup>215</sup>

### **2.2.1 Clases de sentencias de constitucionalidad expedidas por la Corte Constitucional colombiana**

Las sentencias C a su vez también pueden clasificarse en diferentes tipos, tales como:

---

<sup>215</sup>“Generalmente, los efectos de las providencias de la Corte Constitucional son diversos en cada tipo de control constitucional. Usualmente, los efectos son *erga omnes* y *pro futuro* cuando controla normas en abstracto; son *inter partes* cuando decide sobre una tutela; son *inter partes* cuando aplica de manera preferente la Constitución en el curso de un proceso concreto; y son *erga omnes* cuando controla el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana. Sin embargo, no siempre el efecto de las providencias de la Corte han de ser los anteriormente señalados.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la Corte Constitucional puede modular los efectos de sus sentencias. Dentro de las múltiples alternativas disponibles, la Corte puede decidir cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales y garantiza la integridad y supremacía de la Constitución. Así lo ha hecho esta Corporación cuando ejerce un control abstracto de normas, al fijar, por ejemplo, los efectos retroactivos o diferidos de las sentencias correspondientes.

La Corte también ha determinado los efectos de sus providencias cuando aplica la excepción de inconstitucionalidad y decidió que estos podían extenderse respecto de todos los casos semejantes, es decir *inter pares*, cuando se presentasen de manera concurrente una serie de condiciones.

En materia de tutela, la Corte ha proferido numerosas sentencias en las cuales los efectos de las órdenes impartidas tienen un alcance mayor al meramente *inter partes*. Por ejemplo, la corte ha ordenado la adopción de programas, planes o políticas llamadas a beneficiar a personas diferentes a los accionantes y declarado estados de cosas inconstitucionales, lo cual conlleva órdenes que rebasan las partes en el caso concreto.

La modulación de los efectos de las sentencias también se presenta en otros procesos dentro de otras ramas del derecho diferentes al constitucional. En materia civil, por ejemplo, existen normas que regulan expresamente no solo la posibilidad de acumular procesos, sino también la extensión de los efectos de la sentencia a terceros que no han participado en el proceso, no sólo para garantizar el derecho a la igualdad, sino también por razones de economía procesal, en los eventos expresamente autorizados por la ley.” Sentencia T 203 de 2002. Corte Constitucional del Colombia. M.P. Manuel José Cepeda.

- a. Sentencias simplemente declarativas: son las que deciden sobre la constitucionalidad de una norma en términos de exequibilidad o inexecuibilidad. La norma declarada inconstitucional sale del ordenamiento jurídico, actuando el Tribunal Constitucional como legislador negativo. Si la norma es declarada constitucional se conserva dentro del orden normativo existente sin que la Corte invada las competencias del legislador ordinario. Estas son las sentencias C más comunes y muchos son los ejemplos de este tipo de sentencia.<sup>216</sup>
- b. Sentencias interpretativas<sup>217</sup>: Corte Constitucional se encuentra frente a una norma que puede tener varias interpretaciones y solo una de ellas

---

<sup>216</sup> Ver sentencias C 481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero, C 590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño o C 103 de 2015. M.P. María Victoria Calle.

<sup>217</sup> "Disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimas constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento"

Frente a las sentencias integradoras la Corte ha dicho que son "aquellas en las que proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para que, de esa manera, se integren los vacíos normativos o se enfrenten las inevitables indeterminaciones del orden legal que resultan contrarias a la Constitución. Por ello, estas sentencias integran normas jurídicas para llenar vacíos legislativos que son inconstitucionales. En cuanto a la justificación de estas sentencias, la Corte advirtió que "encuentran entonces su primer fundamento en el carácter normativo de la Constitución, puesto que el juez constitucional, con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales. Por ello, si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado es contrario a la Carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4)" Sentencia C-496 de 1994. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En este sentido, son múltiples las providencias que explican las razones para proferir este tipo de decisiones, entre otras,

es constitucional, situación en la cual declara su exequibilidad pero condicionada a la interpretación que se ajusta a la Constitución. La simple declaratoria de constitucionalidad no es suficiente pues deja abierta la posibilidad a interpretaciones inconstitucionales, por eso la Corte define de manera inequívoca en qué sentido debe entenderse la constitucionalidad de la norma. En la sentencia C 496 de 1994, la Corte establece que criterios deben ser tenidos en cuenta en esta clase de sentencia.<sup>218</sup>

- c. Sentencias aditivas<sup>219</sup>: en estos casos la Corte y frente a una omisión legislativa relativa, decide agregarle a la norma aquello que para el

---

pueden consultarse las sentencias C-1299 de 2005, C-923 de 2005, C-928 de 2005, C-128 de 2002, C-333 de 2001, C-477 de 2001 y C-505 de 2001.

<sup>218</sup> “Se pueden establecer algunos criterios sobre la manera como la Corte Constitucional debe, en ejercicio de su función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta, avocar los debates hermenéuticos sobre normas legales. 1. Si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecúan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la norma legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios. 2. Si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico. 3. Si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento.” Sentencia C 496 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional de Colombia.

<sup>219</sup> “El hecho de que se trate de una norma preconstitucional, la que se analiza en esta ocasión, explica la omisión del legislador en la materia, pero no la justifica a la luz de los principios y valores que inspiran el nuevo ordenamiento constitucional. Menos aún, justifica que el legislador, bajo el imperio de la nueva Constitución, mantenga la omisión y no haya actualizado la normatividad respectiva. Corresponde en consecuencia a la Corte adoptar el remedio, que para el caso es una sentencia aditiva que incluya el contenido reclamado por el demandante. Para la Corporación, dentro del orden constitucional vigente, no puede tener cabida unas normas que establecen diferencias de trato entre situaciones familiares similares, a la luz de la Carta Política, si no se cuenta con razones

Tribunal constitucional hace falta para que ésta sea constitucional.<sup>220</sup>

Las anteriores sentencias son polémicas pues cuando la Corte la expide actúa como legislador positivo invadiendo una competencia del Congreso de la República.

- d. Sentencias sustitutivas<sup>221</sup>, en estos casos la Corte declara la inconstitucionalidad de una norma pero reemplaza el vacío con una regulación normativa acorde a la Constitución.

---

poderosas, imperiosas y necesarias que justifiquen tal trato distinto.” Sentencia C 600 de 2011. Corte Constitucional de Colombia. M.P. María Victoria Calle Correa.

Otros ejemplos de sentencias Aditivas o integradoras pueden verse en: Corte Constitucional, Sentencia C-109 de 1995; Corte Constitucional, Sentencia C-690 de 1996; Corte Constitucional, Sentencia C-183 de 1998; Corte Constitucional, Sentencia C-688 de 2002; Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2003; Corte Constitucional, Sentencia C-1230 de 2005; Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009 y Corte Constitucional, Sentencia C-100 de 2011.

<sup>220</sup> “Las sentencias integradoras encuentran entonces su primer fundamento en el carácter normativo de la Constitución, puesto que el juez constitucional, con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales. Por ello, si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado es contrario a la Carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4). Por ello, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en su momento, o como lo ha tantas veces afirmado esta Corporación, la Carta de 1991 cubre "retrospectivamente y de manera automática, toda la legalidad antecedente, impregnándola con sus dictados superiores, de suerte que, en cuanto haya visos de desarmonía entre una y otra, la segunda queda modificada o debe desaparecer en todo o en parte según el caso. De otro lado, este tipo de decisiones integradoras también encuentra fundamento en el principio de efectividad establecido por el artículo 2º de la Carta, puesto que los órganos del Estado en general, y los jueces y la Corte Constitucional en particular, deben buscar, en sus actuaciones, hacer realidad los principios, derechos y deberes constitucionales así como el orden de valores que la Constitución aspira a instaurar. Es pues natural que los jueces, y en particular el juez constitucional, integren en sus sentencias los mandatos constitucionales.” Sentencia C 109 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional de Colombia.

<sup>221</sup> Son ejemplos de sentencias sustitutivas pueden apreciarse en: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-113 de 1993, Sentencias C-011; C-012 1994, Sentencia C-445 de 1998, Sentencia C-478 de 2003 y Sentencia C-468 de 2008.

- e. Sentencias exhortativas, en ellas la Corte “exhorta” la Congreso de la República a llenar un vacío normativo o modificar una norma ya existente<sup>222</sup>.
  
- f. Sentencias de constitucionalidad temporal o de inconstitucionalidad diferida, en Colombia por regla general la sentencias de inconstitucionalidad tienen efectos a partir del momento de su expedición, sin embargo es posible que la Corte declare inexecutable una norma, pero solo a partir de una fecha futura, dándole tiempo al Congreso de la República para llenar el vacío provocado por la declaratoria de inconstitucionalidad. Ejemplo de este tipo de sentencia es C 818 de 2011<sup>223</sup>, en la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 13 al 33 de la 1437 por tratarse de una ley código que pretendía regular el derecho fundamental de petición que tiene reserva de ley estatutaria. Allí la Corte estableció que dicha declaratoria de inconstitucionalidad solo operaría a partir del 31 de diciembre del año 2014, concediéndole tiempo al Congreso para expedir la correspondiente ley estatutaria del derecho de petición, la cual se hizo realidad mediante la ley 1755 de 2015.

---

<sup>222</sup> Como ejemplo de Sentencia exhortativa tenemos la C 577 de 2011 donde la Corte Constitucional se pronunció acerca del artículo 113 del Código Civil, que define el matrimonio como un contrato solemne celebrado entre un hombre una mujer con el fin de auxiliarse y procrear, para la Corte la norma es constitucional pero exhortó al Congreso de la República a en un plazo no mayor de dos años crear una institución equiparable al matrimonio para las parejas del mismo sexo.

<sup>223</sup> “Por el contrario, la declaratoria de inexecutable diferida garantiza que el Congreso discuta y aprueba una ley estatutaria del derecho de petición, en la que se actualicen los elementos estructurales de esta garantía constitucional, con base en las exigencias de la nueva Carta Política y de la jurisprudencia constitucional, respondiendo al espíritu del nuevo Código Contencioso. No debe olvidarse que la ley 1437 de 2011, aprobada por la Congreso Nacional a iniciativa del Consejo de Estado, es el resultado de un trabajo juicioso y sistemático encaminado a actualizar y responder a las nuevas necesidades de la actuación y de la jurisdicción administrativa.”

- g. Sentencias de inconstitucionalidad retroactiva, como se dijo antes los fallos de la Corte Constitucional tienen efectos a partir del momento de su expedición, lo anterior por la presunción de constitucionalidad, sin embargo es posible que la misma Corte expida sentencias con efectos retroactivos, son ejemplos de este tipo de sentencias las C 702 y C 918, ambas de 1999.
- h. Sentencias inhibitorias: en este tipo de sentencia la Corte Constitucional se niega a fallar de fondo por diferentes razones como falta de objeto<sup>224</sup>, existencia de cosa juzgada constitucional<sup>225</sup>, o por ineptitud de la demanda<sup>226</sup> por el accionante no haber integrado la unidad normativa dentro de la demanda o ésta no cumplió con una exigencias establecidas por el máximo tribunal de constitucionalidad colombiano.<sup>227</sup>

Cuando la Corte Constitucional realiza control abstracto de constitucionalidad, éste puede ser formal y material. En el primer caso el Tribunal Constitucional determina si la autoridad que expidió la norma era o no competente y si respetó el procedimiento de creación propio de la norma en cuestión. En el segundo caso, el análisis es de fondo y la Corte determina si la norma cumple con los valores, principios y demás

---

<sup>224</sup> Son ejemplos de sentencias inhibitorias por falta de objeto: C 350 de 1994 o la C 239 de 2006.

<sup>225</sup> Ejemplo de este tipo de sentencia inhibitoria puede ser la C 097 de 2003.

<sup>226</sup> Ejemplo de este tipo de sentencias inhibitoria es la C 1200 de 2003.

<sup>227</sup> En el capítulo III del presente trabajo se abordaran este tipo de sentencias y se mostrará como la Corte Constitucional Colombiana ha venido aumentando su número a pesar de haber establecido exigentes condiciones que según el mismo alto tribunal buscaban evitar que se produjeran.

preceptos contenidos en la Constitución, entendida como bloque de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional colombiano realiza control de constitucionalidad formal y material de las leyes y los decretos con fuerza material de ley tal y como se establece en el artículo 241 y formal<sup>228</sup> de los actos reformativos de la Constitución como se consagra en el artículo 241 N° 2<sup>229</sup> y 379.<sup>230</sup>

### **2.3. El control abstracto de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional de Colombia**

Cuando la Corte Constitucional realiza control abstracto de constitucionalidad expide sentencias C que pueden ser el resultado de

---

<sup>228</sup> “El Control formal comprende la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos para las leyes ordinarias y los requerimientos propios para este tipo de normatividad, a saber: (i) la aprobación dentro de una sola legislatura; (ii) la publicación oficial por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva y de los informes de ponencia y de la comisión accidental de conciliación; (iii) los términos que deben mediar para los debates en una y otra cámara; (iv) el anuncio previo a la votación; (v) el quórum deliberatorio, la votación nominal excepto en los casos que determine la ley y la aprobación por mayoría absoluta; (vi) la observancia de los principios de unidad de materia, identidad y consecutividad.” Sentencia C 540 de 2012. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

<sup>229</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

...

2. 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.” Artículo 241 N° 2, Constitución Política de Colombia.

<sup>230</sup> “Los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2°.” Artículo 379, Constitución Política de Colombia.

dos situaciones. Por regla general, porque un ciudadano acudió ante la Corte Constitucional para cuestionar la constitucionalidad de una norma. Allí hablamos de control de constitucionalidad por vía de acción (la cual será tratada en el capítulo III del presente trabajo) y de manera excepcional, en aquellos casos donde la Corte puede revisar la Constitucionalidad de la norma sin que haya accionante y solo porque la propia Constitución de 1991 se lo permite, es un control denominado, automático, tal y como se ha explicado en el presente trabajo.

### **2.3.1 Competencia de la Corte Constitucional para realizar control de constitucionalidad automático**

No por regla general, sino solo en casos puntuales, puede la Corte Constitucional revisar la constitucionalidad de normas sin que haya accionante y solo porque la Constitución le entrega dicha facultad, tienen control de constitucionalidad automático:

#### **2.3.1.1 Los proyectos de leyes estatutarias**

En Colombia las leyes estatutarias son aquellas que regulan de manera integral los aspectos enunciados en el artículo 152<sup>231</sup> de la Constitución

---

<sup>231</sup> “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;

Política, además tienen un trámite muy exigente contenido en el artículo constitucional 153<sup>232</sup>. Lo anterior en comparación con el procedimiento de creación de la ley ordinaria, pues requieren para su aprobación mayorías absolutas tanto en comisiones primeras como en plenarios de ambas cámaras, su aprobación debe darse dentro de una sola legislatura<sup>233</sup> y tienen control de constitucionalidad previo y automático a cargo de la Corte Constitucional. Este Tribunal ha señalado conforme al artículo 241 # 8<sup>234</sup> de la norma de normas colombiana.

- 
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;
  - e) Estados de excepción.
  - f) Adicionado. Acto Legislativo 02 de 2004, artículo 4º. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley.” Artículo 152 de la Constitución Política de Colombia

<sup>232</sup> “La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.” Artículo 152 de la Constitución Política de Colombia

<sup>233</sup> El artículo 138 de la Constitución Política de Colombia define legislatura en los siguientes términos: “El Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura. El primer período de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio.”

<sup>234</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

...8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.” Artículo 241 # 8 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

### **Características de este tipo de control:**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de un órgano judicial como la Corte Constitucional.
- Es automático: teniendo en cuenta que no requiere la formulación de acción de inconstitucionalidad, sino que procede por mandato de la Constitución.
- Es previo a la sanción de la ley -posterior a su aprobación por el Congreso- y, en esa medida, es un examen judicial que hace parte del proceso para la creación de la ley.
- Es integral, en tanto supone la confrontación de totalidad de las disposiciones del proyecto de ley respecto de la posible configuración de cualquier vicio material, vicio competencial o vicio de trámite.
- Es definitivo, puesto que cierra todo debate constitucional respecto del proyecto de ley, salvo en los casos en los que se modifique de manera relevante el parámetro constitucional de control.
- Es participativo, en tanto permite la intervención de la ciudadanía y autoridades durante el proceso de control, según lo dispuesto para los trámites ordinarios.

### 2.3.1.2 Los tratados internacionales y las leyes que los aprueban

La competencia de la Corte Constitucional para revisar la constitucionalidad de estas normas surge del artículo 241 # 10.<sup>235</sup> Deben diferenciarse los tratados internacionales celebrados por Colombia antes de 1991 de los que los fueron con posterioridad a 1991. Los primeros no pueden ser cuestionados por vicios formales, pues el procedimiento exigible a éstos, es el establecido por la anterior constitución colombiana, es decir la de 1886. Sin embargo sí pueden ser cuestionados por vicios materiales conforme al texto de la Constitución de 1991<sup>236</sup> y para que la

---

<sup>235</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

... 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.” Artículo 152 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>236</sup> “En numerosas oportunidades la Corte Constitucional ha explicado que los aspectos atinentes a la forma de las disposiciones preconstitucionales, a diferencia de su contenido material, se rigen por las disposiciones de la Carta Política vigente al momento de su expedición, es decir, de la Constitución de 1886. En cambio, los aspectos relacionados con el contenido material de las normas preconstitucionales se deben controlar con referencia a lo dispuesto en la Constitución de 1991. Ello no implica que la Corte haya otorgado efectos ultra-activos a la Constitución de 1886, puesto que ello contrariaría el efecto inmediato que surtió la Carta de 1991 a partir del momento de su expedición; simplemente se deriva de un reconocimiento del principio *tempus regit actum*, que en estos casos obliga a estudiar la validez del proceso de formación de una norma preconstitucional actualmente vigente, de conformidad con las pautas formales y procedimentales que regían al momento de su expedición.” Sentencia C 634 de 2013 de la Corte Constitucional de Colombia. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte revise su constitucionalidad deben ser demandados.<sup>237</sup> Los segundos tienen control de constitucionalidad previo a su entrada en vigencia y automático a cargo de la Corte. La Constitución Política no señaló ningún procedimiento legislativo especial para la aprobación de una ley aprobatoria de un tratado internacional, de tal manera que debe seguir, en términos generales, el mismo trámite que una ley ordinaria excepto en los dos siguientes aspectos:

- Iniciación del debate en el Senado de la República, por tratarse de asuntos relativos a relaciones internacionales, conforme a lo establecido en el artículo 154 de la Constitución Política de Colombia<sup>238</sup>
- Remisión de la ley aprobatoria del tratado internacional a la Corte Constitucional, por parte del Gobierno, para efectos de su revisión

---

<sup>237</sup> Es importante aclarar que la Corte Constitucional ha variado su posición sobre el control de constitucionalidad formal y material de los tratados internacionales y las leyes que los ratifican tal y como puede apreciarse en la sentencia C 400 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>238</sup> “Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.

No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

Las Cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno.

Los proyectos de ley relativos a los tributos iniciarán su trámite en la Cámara de Representantes y los que se refieran a relaciones internacionales, en el Senado.” Artículo 154 de la Constitución Política de Colombia.

definitiva acorde a lo expresado por el ya mencionado artículo 241 N° 10.

Entonces el trámite de una ley que ratifica un tratado internacional es el siguiente: publicación oficial previa del proyecto de ley, su iniciación en el Senado de la República, la aprobación reglamentaria en los debates de las comisiones y plenarias de cada una de las cámaras (Art. 157 C.P.), que entre el primer y segundo debate medie un lapso no inferior a ocho días, que entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra transcurran por los menos quince días (Art. 160 C.P.), su anuncio previo a la votación (Art. 160, inciso adicionado por Acto Legislativo 01 de 2003), ser sancionado por el Gobierno (Art. 165 C.P.) y su remisión, dentro de los seis días siguientes, a la Corte Constitucional (Art. 241-10 C.P.)

#### **Características de este tipo de control:**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de un órgano judicial como la Corte Constitucional.
- Es automático: teniendo en cuenta que no requiere la formulación de acción de inconstitucionalidad, sino que procede por mandato de la Constitución, exceptúese los tratados que fueron aprobados antes de 1991 que si pueden ser demandados por los ciudadanos pero solo por vicios materiales.

- Es previo a la entrada en vigencia del tratado y posterior a la sanción de la ley que lo ratificó, siendo un requisito sin el cual no puede ser exigible el tratado. En el caso de los tratados celebrados con anterioridad a 1991 su control es posterior a su entrada en vigencia.
- Es integral, en tanto supone la confrontación de totalidad de las disposiciones del proyecto de ley respecto de la posible configuración de cualquier vicio material, vicio competencial o vicio de trámite. Vale la excepción hecha en los dos numerales anteriores por las razones expuestas.
- Es definitivo, puesto que cierra todo debate constitucional respecto del proyecto de ley, salvo en los casos en los que se modifique de manera relevante el parámetro constitucional de control. Con la misma excepción.
- Es participativo, en tanto permite la intervención de la ciudadanía y autoridades durante el proceso de control, según lo dispuesto para los trámites ordinarios.

### **2.3.1.3 Los decretos de estados de excepción o decretos legislativos**

En Colombia el constituyente de 1991 fue muy cuidadoso al regular los estados de excepción pues se tenía la experiencia del uso desmedido del estado de sitio en vigencia de la Constitución de 1886 (estado de

excepción consagrado en artículo 121<sup>239</sup> de la Constitución de 1886)<sup>240</sup>. En vigencia de la anterior Constitución, Colombia estuvo durante largos periodos de tiempo sometida al estado de sitio, con lo que se rompía la lógica de la aplicación un estado de excepción, que como su nombre lo dice, su uso debe ser para casos “excepcionales”. En cambio en Colombia vivíamos de manera cotidiana sometidos a éste. La excepcionalidad era la regla.<sup>241</sup> En el artículo 214 del texto constitucional de 1991 se establecen

---

<sup>239</sup> “En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias.” Artículo 121 de la Constitución Nacional de Colombia de 1886.

<sup>240</sup> “Como se ha sostenido por parte de la jurisprudencia constitucional, la Constitución de 1991 estableció una serie de limitaciones constitucionales y legales a la declaratoria y desarrollo de los estados de excepción en Colombia, en consonancia con las obligaciones internacionales al respecto. Las limitaciones y restricciones constitucionales derivan del querer del constituyente de 1991 de fortalecer el principio de separación y control de los poderes, ya que en la experiencia histórica de la Constitución de 1886 se había verificado el abuso de las medidas de excepción por intermedio del artículo 121 de la C.P sobre el Estado de Sitio. De esta manera se dispuso por parte del constituyente de 1991 que estos instrumentos solo pueden utilizarse en situaciones extraordinarias y que por tanto su uso puede calificarse como excepcionalísimo.” Sentencia C 216 de 2011. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Juan Carlos Henao.

<sup>241</sup> “En el caso colombiano se debe tener en cuenta que el Constituyente de 1991 previó un sistema rígido de control de constitucionalidad de los estados de excepción, especialmente por la experiencia histórica de la Constitución de 1886 en donde se mantuvo el estado de excepción y se legisló de manera extraordinaria por parte del gobierno por largos períodos del siglo XIX y del siglo XX. Al mismo tiempo hay que resaltar que varios constitucionalistas habían denunciado cómo el estado de sitio del artículo 121 de la C.P. había regido en forma permanente en Colombia, convirtiéndose en un estado permanente de anormalidad. Se citaba para reforzar la crítica la frase de Blunschli que decía que “*El derecho de excepción existe solamente donde existe un*

una serie de limitaciones y controles jurídicos y políticos encaminados a evitar el uso desmedido y el abuso por parte del ejecutivo amparado en los estados de excepción. La Constitución de Colombia prevé tres estados de excepción a saber:

#### **2.3.1.3.1 Estado de guerra exterior<sup>242</sup>:**

Se sustenta en la violación a la Soberanía Nacional por parte de otro estado y no por razones internas, es decir guerra exterior y no interior. Los decretos legislativos que se expidan bajo el estado de guerra exterior serán aplicables durante el tiempo que dure la amenaza y estarán sometidos a

---

*estado excepcional, pero nunca debe crear un nuevo derecho normal*” o la expresión que acuñó Carlos Restrepo Piedrahita de que en Colombia a partir del estado de sitio se había presentado una situación de hiperpresidencialismo excesivo y de nostalgia por la monarquía; o la frase de Pedro Pablo Camargo tomada de Carl Schmitt de que en nuestro país se vivía en un estado *sui generis* de “Dictadura constitucional.” Sentencia C 216 de 2011. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Juan Carlos Henao.

<sup>242</sup> “El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad.

La declaración del Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión.

Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos.

Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara.” Artículo 212 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

los límites establecidos en los artículos 212, 214 de la Constitución en especial y al bloque de constitucionalidad en general.

### **2.3.1.3.2 Estado de conmoción interior<sup>243</sup>**

Lo que sustenta este estado de excepción es un suceso anómalo que afecte gravemente el orden público y ponga en riesgo la institucionalidad y la convivencia ciudadana, además que no pueda ser solucionado con atribuciones ordinarias de las autoridades de policía. Los decretos legislativos de conmoción interior tienen una temporalidad de noventa días prorrogables hasta por dos periodos iguales.

---

<sup>243</sup> “En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.

Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.

En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.” Artículo 213 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

### 2.3.1.3.3 Estado de emergencia:<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> “Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.

El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.

El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en

Su declaratoria se sustenta en la ocurrencia de hechos diferentes a los que dan lugar a la declaratoria de guerra exterior o conmoción interior y que perturben gravemente el orden económico, social o ecológico, la duración de los decretos que se expidan amparados en este estado de excepción es de treinta días que no podrán ser más de noventa en una misma anualidad. La Corte Constitucional ha establecido las condiciones para que proceda el estado de emergencia así:

- a. Que se trate de hechos sobrevinientes, no previsibles.
  
- b. Que se sustente en hechos distintos a los casos de guerra exterior o conmoción interior, puesto que, desde la reforma constitucional de 1968, el Constituyente colombiano separó las nociones de orden público político y la de orden público económico. La Constitución de 1991 sumó a este último los elementos de orden social y ecológico, con el ánimo de racionalizar y controlar más adecuadamente el ejercicio de los poderes de excepción, por lo cual los presupuestos fácticos para la declaratoria del Estado de Emergencia deben ser distintos a los de los otros estados de excepción: guerra exterior o conmoción interior. Esto obviamente no significa que no puedan existir relaciones entre los factores económicos, sociales y ecológicos y el orden político, pero para hacer la distinción entre los estados de guerra exterior, conmoción interior y emergencia y realizar su control de constitucionalidad se tendrán en cuenta sus causas y no sus consecuencias.<sup>245</sup>

---

forma inmediata su conocimiento.” Artículo 215 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>245</sup> "No puede descartarse **ab initio** que la etiología última del estado de conmoción interior pueda residir en graves factores de tensión de orden económico o social. Por el contrario, parecería, si se revisa la historia, que ésta es la constante. Lo que interesa, para los efectos constitucionales, es la naturaleza de la causa inmediata de la

- c. Finalmente, que por su intensidad o sus efectos tales hechos constituyan una grave calamidad pública que perturbe o amenace perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país.

### **Limites generales establecidos a los estados de excepción**

La Constitución de 1991 establece las siguientes limitaciones para los estados de excepción en Colombia:

- a. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.
- b. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

---

perturbación y la ubicación precisa de la deficiencia que impide resolver a través del régimen ordinario el insuceso que induce al estado de excepción.” Sentencia C 004 de 1992. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- c. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.
  
- d. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción. El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.
  
- e. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.”

**Características comunes del control de constitucionalidad realizado a los estados de excepción:**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de un órgano judicial como la Corte Constitucional.
  
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: el control de constitucionalidad recae sobre el decreto mediante el cual se declara el estado de excepción, los decretos legislativos mediante los cuales se

adoptan medidas para conjurar la situación extraordinaria, y los decretos de prórroga de los estados de excepción.

- Se trata de un control automático y el Gobierno tiene el deber de enviar a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos declaratorios y los decretos legislativos de desarrollo que dicte en uso de las facultades extraordinarias para que decida definitivamente sobre su constitucionalidad, en caso de incumplimiento del deber de remisión del Gobierno, la Corte oficiosamente aprehenderá su conocimiento de manera inmediata.
- Es un control posterior a la entrada en vigencia del decreto legislativo. Cuando la Corte Constitucional realiza el control de constitucionalidad el decreto legislativo en cuestión ya ha tenido efectos jurídicos.
- Es un control integral porque se verifica que los decretos examinados reúnan los requisitos formales y materiales señalados por los preceptos constitucionales.
- Es un control definitivo pues una vez la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos estos no pueden ser objeto de un posterior examen vía acción pública de inconstitucionalidad.
- Es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de los decretos objeto de control.

#### **2.3.1.4 Las leyes de convocatoria a referendo o asamblea constituyente**

Como ya se dijo en este trabajo tanto el Referendo como la Asamblea Constituyente consagrados en los artículos 374, 378 y 376 de la Constitución Política de Colombia, son mecanismos de reforma constitucional y también se dijo que corresponde al Congreso de la República a través de leyes, establecer los parámetros de estos mecanismos de consulta al pueblo. en el primer caso, para determinar si está apruebe o no una norma que pretende reformar la Constitución y en el segundo, para determinar si está o no de acuerdo con convocar a la asamblea constituyente. Una cosa es el control de constitucionalidad que se le hace a la ley de convocatoria y otra el control que se le realiza a la convocatoria como tal. En Colombia las leyes de convocatoria a referendo o asamblea constituyente tienen control automático y previo al pronunciamiento popular a cargo de la Corte Constitucional y el todos los actos comprendidos entre la sanción de la ley de convocatoria y la expedición del decreto que contiene la voluntad popular tienen control de constitucionalidad por vía de acción, tal y como se explicará en el capítulo III del presente escrito.

#### **Características del control de constitucionalidad realizado a las leyes de convocatoria.**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de un órgano judicial como la Corte Constitucional.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: este control de constitucionalidad recae sobre la ley de convocatoria y no

sobre el Referendo o la Asamblea Constituyente, pues como se dijo antes en este caso el control es por vía de acción.

- Se trata de un control automático y pues como ya se dijo la Corte Constitucional revisa la constitucionalidad de la ley de convocatoria sin que ningún ciudadano se lo pida y porque la Constitución le entrega esta competencia que no es discrecional sino parte fundamental del trámite de estas leyes conforme al artículo 241 # 2.<sup>246</sup>
- Es un control integral porque que se verifica que las leyes examinadas reúnan los requisitos formales y materiales señalados por los preceptos constitucionales.
- Es control previo al pronunciamiento popular pero posterior a la sanción de la ley y su declaratoria de constitucionalidad es requisito para continuar con el trámite de convocatoria.
- Es un control definitivo pues una vez la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de las leyes de convocaría estas no pueden ser objeto de un posterior examen por vía acción de inconstitucionalidad.

---

<sup>246</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

...2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.” Artículo 241 # 2 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

- Es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de las leyes objeto de control.

### **2.3.1.5 Los proyectos de ley objetados por el Gobierno Nacional por inconstitucionales e insistidos por el Congreso.<sup>247</sup>**

La particularidades de la objeción presidencial por inconstitucionalidad serán abordadas al final de presente capítulo, como una forma *sui generis* de control de constitucionalidad en Colombia. En este numeral solo se analizará el control de constitucionalidad del proyecto de ley que habiendo sido objetado por el Gobierno por contradecir la Constitución es insistido por ambas cámaras que integran el Congreso de la República. La competencia de la Corte Constitucional para revisar la constitucionalidad de este tipo de proyecto de ley surge del artículo 241 # 8<sup>248</sup> .

---

<sup>247</sup> “El proyecto de ley objetado total o parcialmente por el Gobierno volverá a las Cámaras a segundo debate.

El Presidente sancionará sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara.

Exceptuase el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En tal evento, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto.

Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo.” Artículo 167 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>248</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

### **Características de este tipo de control de constitucionalidad:**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de un órgano judicial como la Corte Constitucional.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: este control de constitucionalidad recae sobre el proyecto de ley que habiendo sido objeto por el Gobierno Nacional por inconstitucional es insistido por el Congreso de la Republica.
- Se trata de un control automático. La Corte Constitucional revisa la constitucionalidad del proyecto de ley sin que ningún ciudadano se lo pida. La Constitución le entrega esta competencia que no es discrecional, sino parte fundamental del trámite de las leyes que han sido objetadas por inconstitucionales conforme al artículo 241 # 8 de la Constitución Política de Colombia.
- Este control no es integral, porque se circunscribe a las razones alegadas por el Gobierno Nacional en la objeción<sup>249</sup>, sin embargo la

---

...8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.” Artículo 241 # 8 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>249</sup> Esta Corporación ha sostenido que su actividad se circunscribe estrictamente al estudio y decisión de las objeciones presidenciales, tal y como ellas hayan sido formuladas, sin abarcar aspectos no señalados por el Ejecutivo; es decir, que en lo tocante a los proyectos objetados, no se puede dar aplicación al principio del control constitucional integral. Ello, en la medida en que la decisión sobre la constitucionalidad de las razones que respaldan las objeciones, debe estar enmarcada exclusivamente en la dinámica de los controles inter orgánicos, y en esa medida no puede afectar la posibilidad de que, con posterioridad, los ciudadanos ejerzan la acción pública de

Corte ha planteado la posibilidad de extender dicho control en algunos casos a aspectos no alegados por el ejecutivo cuando se negó a sancionar el proyecto de ley.<sup>250</sup>

- Es un control previo a la sanción por parte del Gobierno Nacional y su declaratoria de constitucionalidad es requisito para continuar con el trámite del proyecto de ley.
- No es un control definitivo, pues una vez la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que fue objetado por el Gobierno Nacional por inconstitucional, cuando se convierta en ley puede ser demandado por un ciudadano por razones diferentes a las analizadas por la Corte.<sup>251</sup>

---

inconstitucionalidad contra las normas objetadas, ni tampoco puede reemplazar el procedimiento que para ese efecto establece la Constitución. Sentencia C 1404 de 2000. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis.

<sup>250</sup> “En ciertas ocasiones se hace necesario que esta Corporación se pronuncie sobre aspectos que no fueron planteados explícitamente por el Gobierno, pero cuyo análisis resulta ser un presupuesto indispensable para el estudio de las razones de inconstitucionalidad formuladas en las objeciones mismas. Los motivos que justifican esta extensión excepcional de la competencia de la Corte, son de doble naturaleza: lógica y constitucional. Lo primero, porque las reglas de derecho que se han de aplicar al estudio de las objeciones, se derivan, en no pocos casos, de otras reglas o principios más generales, no mencionados en las objeciones, pero que resultan insoslayables para fundamentar cualquier decisión. Lo segundo, porque dado que el mandato del artículo 241-8 Superior califica las decisiones de la Corte en estos casos como definitivas, si no se efectúa en ellas el análisis de constitucionalidad de los mencionados temas conexos, éstos quedarán cobijados por el efecto de cosa juzgada constitucional que se deriva de la decisión final sobre la objeción como tal y, en consecuencia, ningún ciudadano podrá controvertirlos en el futuro.” Sentencia C 1404 de 2000. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis.

<sup>251</sup> “No existe cosa juzgada constitucional absoluta en los casos de objeción presidencial, por cuanto en tales eventos, el examen constitucional se limita al estudio de los reparos expresamente formulados por el jefe de Estado. Por consiguiente, en caso de que la Corte declare infundadas las objeciones, las disposiciones respectivas pueden ser acusadas por los ciudadanos, y procede una decisión de fondo, siempre y cuando los cargos planteados por el ciudadano demandante no coincidan con las objeciones de

- Es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de las leyes objeto de control.

Se puede concluir que el control de constitucionalidad abstracto y automático ejercido por la Corte Constitucional tiene carácter excepcional y solo procede en aquellos casos donde expresamente la Constitución Política de Colombia le entrega dicha facultad.

## **2.4 Otros controles de constitucionalidad existentes en Colombia ejercidos por autoridades diferentes a la Corte Constitucional**

Como ya se ha dicho en el presente trabajo, en Colombia existen múltiples autoridades facultadas para hacer control de constitucionalidad y muchos mecanismos y procedimientos para hacerlo, diferentes a los realizados por la Corte Constitucional. A continuación se presentará un estudio detallado de cada uno de ellos.

### **2.4.1 Controles de constitucionalidad abstractos**

El control de constitucionalidad abstracto en Colombia no es solo realizado por la Corte Constitucional, pues otras autoridades también realizan este tipo de control, son ejemplos de esto:

---

inconstitucionalidad presentadas por el Presidente en su oportunidad.” Sentencia C 846 de 1999. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

### **2.4.1.1 La acción de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado**

Se trata de un control abstracto de constitucionalidad. Su origen debe situarse en el artículo 41 del Acto Legislativo 01 de 1945<sup>252</sup> que repartió el control de constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.<sup>253</sup>

Es la posibilidad que tiene el Consejo de Estado<sup>254</sup> de declarar la nulidad de decretos del Gobierno Nacional y demás actos de carácter general que

---

<sup>252</sup> “Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso - administrativo 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 69 y el artículo 117 de esta Constitución.” Artículo 41, Acto Legislativo 01 de 1945.

<sup>253</sup> En Colombia los decretos del Gobierno Nacional son una manifestación unilateral de voluntad, tendiente a producir efectos en el mundo jurídico. Excepcionalmente tal y como ya se dijo en este trabajo algunos tienen fuerza material de Ley pero por regla general están sometidos a la Constitución y a la Ley.

<sup>254</sup> Los magistrados del Consejo de Estado son elegidos conforme a los parámetros del artículo 231 de la Constitución Política de Colombia, así: “Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura.” Su número se encuentra definido por la ley: “El Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno. Estará integrado por treinta y un (31) Magistrados.

Ejercerá sus funciones por medio de tres (3) salas, integradas así: la Plena, por todos sus miembros; la de lo Contencioso Administrativo, por veintisiete (27) Magistrados y la de Consulta y Servicio Civil, por los cuatro (4) Magistrados restantes.

Igualmente, tendrá una Sala de Gobierno, conformada por el Presidente y el Vicepresidente del Consejo de Estado y por los Presidentes de la Sala de Consulta y Servicio Civil y de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Créanse en el Consejo de Estado las salas especiales de decisión, además de las reguladas en este Código, encargadas de decidir los procesos sometidos a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que esta les encomiende, salvo de los procesos de

por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional y cuyo control de constitucionalidad no sea competencia de la Corte Constitucional, lo anterior a petición de un ciudadano. Su sustento normativo es el artículo 237 numeral 2° de la Constitución<sup>255</sup>, el artículo 49 de la Ley 270 de 1996<sup>256</sup>, que es la Ley estatutaria de la administración de justicia y el artículo 135 de la ley 1437 de 2011, también denominada Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.<sup>257</sup>

---

pérdida de investidura y de nulidad por inconstitucionalidad. Estas Salas estarán integradas por cuatro (4) Magistrados, uno por cada una de las secciones que la conforman, con exclusión de la que hubiere conocido del asunto, si fuere el caso.

La integración y funcionamiento de dichas salas especiales, se hará de conformidad con lo que al respecto establezca el reglamento interno.” Artículo 107, Ley 1437 de 2011.

<sup>255</sup> “Son atribuciones del Consejo de Estado: ...2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.” Artículo 237, numeral 2°, Constitución Política de Colombia.

<sup>256</sup> “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DICTADOS POR EL GOBIERNO CUYA COMPETENCIA NO HAYA SIDO ATRIBUIDA A LA CORTE CONSTITUCIONAL DE CONFORMIDAD CON EL NUMERAL SEGUNDO DEL ARTÍCULO 237 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA. El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional *ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo*.

La decisión será adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.” Artículo 49 Ley Estatutaria 270 de 1996.

<sup>257</sup>“*Nulidad por inconstitucionalidad*. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional. (Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-400 de 2013.)

Parágrafo. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por

En Colombia de los decretos del Gobierno Nacional conoce en su constitucionalidad la Corte Constitucional, cuando estos tienen fuerza material de Ley y el Consejo de Estado para los demás casos.<sup>258</sup> Son

---

inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales. (El Parágrafo fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-415 de 2012).” Artículo 135. Ley 1437.

<sup>258</sup> Sobre este tema ha dicho La Corte Constitucional: “El artículo 237-2 de la Carta, como ya se anotó, le confiere al Consejo de Estado una competencia residual en materia de control constitucional puesto que le corresponde “*Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional*”. Entonces, cabría preguntar ¿a cuáles decretos se refirió el constituyente? La respuesta es obvia, a todos aquellos no enunciados expresamente en el artículo 241 de la Constitución, ni en los ya citados artículos transitorios del mismo ordenamiento (5, 6, 8, 23 y 39), que son los que fijan la competencia de la Corte Constitucional...

...Pues bien: en la disposición parcialmente acusada, como ya se ha anotado, se le asigna a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos de “*carácter general que expida el Gobierno Nacional (.....) y que no obedezcan a función propiamente administrativa*”; entonces, es preciso analizar si esta última expresión constituye una restricción o limitación de la competencia constitucional atribuida al Consejo de Estado en el artículo 237-2 del estatuto máximo, como lo considera el demandante.

Tales decretos, que comparten con las leyes la naturaleza de actos reglas, por ser generadores de situaciones jurídicas impersonales y abstractas son, no obstante, desde el punto de vista material, genuinamente administrativos, aunque autores tan notables como León Duguit les nieguen ese carácter. Es esa la razón para que el constituyente colombiano haya atribuido su control a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la Corte Constitucional, atribución hecha, como se ha repetido, por vía de exclusión, en el artículo 237-2.

¿Qué significa entonces, la expresión “*y que no obedezca a función propiamente administrativa*”, materia de acusación? Para la Corte, no tiene otro sentido que el reiterar, en forma explícita (más allá de las contingencias de una disputa teórica) y por potísimos motivos de seguridad jurídica, que ellos quedan comprendidos en la categoría de actos que el Constituyente sustrajo de la competencia de la Corte Constitucional. Se trata de actos administrativos no solo por el órgano de donde proceden sino también por su forma y, en principio, por su contenido.

Además, como pudiera argüirse, apelando a una vieja clasificación, que el Gobierno produce no sólo actos *de gestión* (típicamente administrativos) sino *de autoridad* (de contenido político) ha querido dejar en claro el legislador que también ellos son objeto de

decretos con fuerza material de ley los decretos legislativos o de estados de excepción<sup>259</sup>, que tienen control de constitucionalidad automático y posterior a su entrada en vigencia; los decretos ley o de facultades extraordinarias dadas por el Congreso de la República al Gobierno Nacional<sup>260</sup>; el decreto plan nacional de inversiones<sup>261</sup> y los decretos de

---

control, como corresponde a un Estado de derecho, y que dicho control le compete al Consejo de Estado.

Por tanto, la expresión cuestionada, en contra de lo que sostiene el demandante, no establece ninguna restricción o limitación a la competencia atribuida al Consejo de Estado, pues todos los decretos de carácter general (distintos de los que tienen contenido legislativo) dictados por el Gobierno Nacional, no atribuidos a la Corte Constitucional, pueden ser demandados por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado.” Sentencia C 560 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>259</sup> En Colombia existen tres estados de excepción a saber: Guerra Exterior (artículo 212 C.P.), Conmoción Interior (artículo 213 C. P.) y Emergencia que puede ser social, económica o ecológica (artículo 215 C. P.), y una de las consecuencias más relevantes de su declaratoria es que el Gobierno Nacional se hace legislador extraordinario, así: “ARTÍCULO 212. ...Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad...”

“ARTÍCULO 213...Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más...”

“ARTÍCULO 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario...”

<sup>260</sup> Los decretos ley son consecuencia de facultades extraordinarias dadas por el Congreso de la República al Gobierno Nacional a petición del éste, así: “**ARTÍCULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:... 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.” Constitución Política de Colombia. Subrayado fuera de texto.

facultades especiales dadas por artículos transitorios de la Constitución<sup>262</sup>; estas tres categorías de decretos con fuerza material de Ley tienen control de constitucionalidad por vía de acción y posterior a su expedición. Como

---

<sup>261</sup> “ARTÍCULO 341. ...El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley...”

<sup>262</sup> Las competencias especiales dadas al Gobierno Nacional a través de los artículos transitorios 5°, 8°, 23 y 39 y que en su momentos permitieron poner en práctica la Constitución de 1991, así:

“ARTÍCULO TRANSITORIO 5. Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para:

- a) Expedir las normas que organicen la Fiscalía General y las normas de procedimiento penal;
- b) Reglamentar el derecho de tutela;
- c) Tomar las medidas administrativas necesarias para el funcionamiento de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura;
- d) Expedir el Presupuesto General de la Nación para la vigencia de 1992;
- e) Expedir normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales.”

“ARTÍCULO TRANSITORIO 8. Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio hasta la fecha de promulgación del presente Acto Constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el Gobierno Nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la Comisión Especial no los imprueba.”

“ARTÍCULO TRANSITORIO 23. Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que dentro de los dos meses siguientes a la promulgación de la Constitución dicte mediante decreto, el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional...”

“ARTÍCULO TRANSITORIO 39. Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por un término de tres meses, para expedir decretos con fuerza de ley mediante los cuales se asegure la debida organización y el funcionamiento de los nuevos departamentos erigidos como tales en la Constitución...”

se dijo antes el Consejo de Estado<sup>263</sup> conoce de la constitucionalidad de los demás decretos.<sup>264</sup>

---

<sup>263</sup> Así se presenta esta Alta Corte Colombiana en su página web: <http://www.consejodeestado.gov.co/nuevapa1.asp> Es el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno y estas son las competencias que la Constitución Política de Colombia le otorga en el artículo 237: “Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.

5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.

6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

7. Adicionado por el art. 8, Acto Legislativo 01 de 2009, con el siguiente texto: Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley.”

<sup>264</sup> El Legislador estatutario intento enunciar cuales eran esos decretos competencia del Consejo de Estado en su revisión de constitucionalidad mediante el artículo 49 de la Ley 290 de 1996, Ley estatutaria de la administración de justicia, pero la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo de dicha Ley mediante la sentencia C 037 1996, así:

*“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DICTADOS POR EL GOBIERNO CUYA COMPETENCIA NO HAYA SIDO ATRIBUIDA A LA CORTE CONSTITUCIONAL DE CONFORMIDAD CON EL NUMERAL SEGUNDO DEL ARTÍCULO 237 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Para tal efecto, la acción de nulidad por inconstitucionalidad se tramitará con sujeción al mismo*

La competencia del Consejo de Estado es residual, pues la Corte Constitucional conoce de los decretos del ejecutivo con fuerza material de

---

*procedimiento previsto para la acción de inexecuibilidad y podrá ejercitarse por cualquier ciudadano contra las siguientes clases de decretos:*

- 1. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco;*
- 2. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que le confieren autorizaciones;*
- 3. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía; y,*
- 4. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a la ley previa.*

*La decisión será adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que para estos efectos obra como tribunal constitucional.” Artículo 49, Ley 270 de 1996.*

“Por otra parte, conviene preguntarse: ¿Sobre cuáles decretos se puede pronunciar el Consejo de Estado en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 2o del artículo 237 constitucional? La respuesta es evidente: sobre todos los que no estén contemplados dentro de las atribuciones que la Constitución Política confiere a la Corte Constitucional (Art. 241 C.P.). Así, entonces, resulta inconstitucional que el legislador estatutario entre a hacer una enumeración taxativa de los decretos objeto de control por parte del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pues ello no está contemplado en el artículo 237 en comento y tampoco aparece en parte alguna de esa disposición -como sí sucede para el numeral 1o- una facultad concreta para que la ley se ocupe de regular esos temas. Limitar de esa forma los alcances del numeral 2o del artículo 237 de la Carta es a todas luces inconstitucional y, por lo mismo, obliga a la Corte a declarar la inexecuibilidad de la siguiente expresión del artículo bajo examen: ‘ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Para tal efecto, la acción de nulidad por inconstitucionalidad se tramitará con sujeción al mismo procedimiento previsto para la acción de inexecuibilidad y podrá ejercitarse por cualquier ciudadano contra las siguientes clases de decretos: 1. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco; 2. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que le confieren autorizaciones; 3. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía; y, 4. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a la ley previa”. Sentencia C 037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

ley, de los demás decretos, conocerá el máximo Tribunal de Contencioso Administrativo.<sup>265</sup>

Inicialmente la Corte Constitucional estableció como criterio para determinar su competencia que el decreto le hubiese sido entregado en su control de constitucionalidad por el artículo 241 de la Constitución. Sin embargo, esta Alta Corte se ha declarado competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad instauradas contra decretos expedidos por el Gobierno Nacional amparado por facultades dadas por artículos transitorios de la Constitución<sup>266</sup> y decretos del Gobierno Nacional con

---

<sup>265</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de julio de 1996, ex. S-612(3367), M. P. Juan Alberto Polo Figueroa: La distribución de competencia para el control de constitucionalidad de los decretos del Gobierno Nacional entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, contenida en las normas transcritas, evidencia que la Constitución y la ley estatutaria mantienen inalterable la naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el objeto de la misma. Por lo tanto, si la jurisdicción de lo contenciosos administrativo, “conforme a las reglas que señale la Ley” (art. 82 Dcto 01 de 1984 o CCA), está instituida por la Constitución con objeto de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas que desempeñen funciones administrativas, de ello dimana que la atribución que la Constitución otorga al Consejo de Estado para “desempeñar la función del tribunal supremo de lo contencioso administrativo” en punto a decretos de Gobierno Nacional, está referida a aquellos dictados en ejercicio de la función administrativa, vale decir, a los que desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, o condicionan la aplicación de una situación general preexistente a una persona determinada. El control jurisdiccional sobre decretos de índole eminentemente administrativa se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 CCA, por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. En ese orden de ideas, y por exclusión, las “acciones de nulidad” a la sala plena de Consejo de Estado por el artículo 237.2 C.N., son aquellas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa con la Constitución Política. En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad que por antonomasia es propia de la jurisdicción contenciosos administrativa...”

<sup>266</sup> “En diferentes ocasiones esta Corporación ha establecido su competencia para conocer sobre las demandas de constitucionalidad instauradas contra el Decreto 2067 de 1991. En sus sentencias, la Corte ha fundamentado su posición en los siguientes argumentos:

fuerza de Ley estatutaria expedidos por facultades supletorias y transitorias dadas por actos legislativos, categoría que aunque no existe en la Constitución, nuestra Corte ha declarado su constitucionalidad.<sup>267</sup>

---

- En un Estado Social de Derecho no es posible concebir la existencia de competencias "omnímodas y sin control", razón por la cual mal podría pensarse que el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en los artículos transitorios de la Constitución esté exento de este control.

- Una interpretación sistemática de la Constitución conduce a la conclusión de que el decreto bajo estudio tiene fuerza de ley, ya que fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió directamente la Asamblea Constituyente, en el artículo 23 transitorio.

- Todas las materias que son de naturaleza legislativa y que excepcionalmente han sido asignadas por la Carta a un órgano diferente del Congreso de la República - como sucede con los decretos legislativos -, son objeto del control de constitucionalidad a cargo de esta Corporación. Tal es el caso del decreto que ahora ocupa a la Corte. Lo anterior a diferencia de lo que ocurre con las normas de naturaleza administrativa expedidas por el Gobierno Nacional en ejercicio de sus funciones ordinarias, las cuales "entran en la cláusula de competencia de orden residual que en este sentido tiene el Consejo de Estado", según lo establece el artículo 237 de la Carta Política." Sentencia C 534 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>267</sup> Es el caso del Acto Legislativo 03 de 2002, en su artículo transitorio 4° reza:

*"El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía."*

Este artículo le entregó facultades al Gobierno Nacional para expedir, modificar y adicionar leyes estatutarias como la 270 de 1996 o de la administración de justicia y la ley 1095 de 2006 o ley del habeas corpus, con lo que la Corte claramente creó una nueva categoría de decretos "los decretos estatutarios", a pesar de que nuestra Constitución expresamente lo prohíbe en el artículo 153 al afirmar:

"La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla." Subrayado fuera de texto.

Algunos de los argumentos dados por la Corte para tal mutación constitucional fueron:

La Corte Constitucional equipara el trámite de la acción de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado con el de acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional<sup>268</sup> y le entrega la legitimación activa para instaurar este tipo de acciones al ciudadano, facultad que será confirmada por el artículo 135 de la Ley 1437 que expresamente consagra el derecho ciudadano de instaurar acciones ante el Consejo de Estado contra normas que no sean competencia de la Corte Constitucional. El párrafo de este artículo ya fue declarado exequible por

---

“En síntesis, en la disposición acusada, el poder de reforma confiere unas facultades extraordinarias legislativas a la Presidente de la República, de carácter supletorio y transitorio, en materias delimitadas y para una finalidad determinada, en relación con las cuales, en el régimen constitucional ordinario existe una especial reserva de ley en sentido formal. Dicha norma no sustrae las materias sobre las que recae de la competencia del legislador, en la medida en se trata de una habilitación transitoria para la expedición de normas con fuerza de ley, las cuales, por la misma razón, no se eximen del control de constitucionalidad propio de las leyes.” Sentencia C 970 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“Un segundo caso es el de los decretos de contenido estatutario dictados con base en facultades extraordinarias otorgadas por actos legislativos. Sobre estos lo que sobreviene es la evasión del control previo y automático a cargo de la Corte Constitucional, para que simplemente acontezca en control posterior, cuando ya hayan sido consumados los efectos que se buscaba obtener con el decreto. Es el caso de las normas presidenciales expedidas en desarrollo de actos legislativos de Reforma Política o de establecimiento de la circunscripción electoral para residentes en el exterior” QUINCHE RAMIREZ. Manuel. La Elusión Constitucional: Una política de evasión del control constitucional en Colombia. Ed: Universidad del Rosario. Primera Edición. Bogotá. 2009. Pág. 38.

<sup>268</sup> “Como se ha establecido a lo largo de esta providencia, desde una perspectiva orgánica, la única entidad de la rama judicial que pertenece a la jurisdicción constitucional y que reviste el carácter de tribunal constitucional es la Corte Constitucional. Sin embargo, dentro del denominado control de constitucionalidad difuso, al que se ha hecho referencia, la Carta Política facultó al Consejo de Estado -realmente a la Sala de lo Contencioso Administrativo- de conocer “las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional” (Art. 237-2 C.P.). Con todo, debe advertirse que al señalar la norma que el procedimiento de la acción de nulidad por inconstitucionalidad será el mismo que el de la acción de inexequibilidad” Sentencia C 037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

la Corte Constitucional mediante la sentencia C 415 de 2012<sup>269</sup> y los argumentos dados por nuestro Tribunal de Constitucionalidad son de carácter extensivo, pues se declara la exequibilidad de dicho párrafo tomando como referente normas que desarrollan la competencia de la Corte Constitucional.<sup>270</sup>

---

<sup>269</sup> “El párrafo del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, no viola el preámbulo ni los artículos 2, 29 y 229 de la Constitución. Por el contrario, al preceptuar que el Consejo de Estado en los juicios de nulidad por inconstitucionalidad no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda y que, en consecuencia podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional, al igual que podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas, que a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales, está reafirmando los principios superiores de supremacía e integridad de la Carta Fundamental, consagrados en los artículos 4 y 241 de la Constitución y el principio de configuración normativa del legislador en materia de acciones y procesos (art. 150 C.P.). Por lo tanto, la norma será declarada exequible.” Sentencia C 415 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>270</sup> “ Precisando aún más las características distintivas de este control integral de la Constitución, y haciendo referencia a las normas que lo consagran , esta Corte ha manifestado que, de *"conformidad con lo prescrito en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, que contiene el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que se surten ante la Corte Constitucional, esta Corporación al ejercer el control constitucional debe confrontar el texto acusado con la totalidad de los preceptos de la Carta Política, pudiendo fundar su decisión en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso. En este sentido también se orienta el mandato del artículo 46 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- según el cual "En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución"*. El artículo 46 de la Ley 270 de 1996, antes citado, que establece para la Corte Constitucional la atribución de confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, fue declarado exequible, mediante sentencia C- 037 de 1996. En ese fallo, dijo esta Corporación:

"A través de la norma bajo examen se busca que la Corte, en caso de encontrar que un determinado canon constitucional ha sido violado por una norma legal, o que, por el contrario, él sirve para declarar su exequibilidad, entonces pueda fundarse la sentencia en ese precepto, así éste no haya sido invocado por el demandante. Lo anterior no significa, y en esos términos lo entiende la Corporación, que en todos los casos la Corte deba realizar un análisis de la totalidad del texto de la Carta frente a la disposición legal que se estudia, pues – se reitera- lo que se busca es la posibilidad de invocar argumentos adicionales sustentados en otras normas fundamentales que servirán para adoptar una mejor decisión." Sentencia C 415 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

En Colombia el reparto de la competencia para conocer de la constitucionalidad de los decretos del Gobierno Nacional entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado ha sido problemática, pues no está del todo claro cuáles son los decretos que le corresponden a uno y otro tribunal. Con la intención de solucionar esto el legislador en el artículo 49 de la Ley 270 de 1996 o Ley estatutaria de la administración de justicia,<sup>271</sup> intento establecer de manera expresa los decretos expedidos por el Gobierno Nacional cuya competencia era del Consejo de Estado, pero esta enunciación fue declarada inexecutable,<sup>272</sup> por falta de competencia del legislador estatutario para fijar límites no establecidos en la Constitución.

---

<sup>271</sup> “ARTÍCULO 49. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DICTADOS POR EL GOBIERNO CUYA COMPETENCIA NO HAYA SIDO ATRIBUIDA A LA CORTE CONSTITUCIONAL DE CONFORMIDAD CON EL NUMERAL SEGUNDO DEL ARTÍCULO 237 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Para tal efecto, la acción de nulidad por inconstitucionalidad se tramitará con sujeción al mismo procedimiento previsto para la acción de inexecutable y podrá ejercitarse por cualquier ciudadano contra las siguientes clases de decretos:

1. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco;
2. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que le confieren autorizaciones;
3. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía; y,
4. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a la ley previa.

*La decisión será adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que para estos efectos obra como tribunal constitucional.” Ley Estatutaria 270 de 1996.*

<sup>272</sup> “Por otra parte, conviene preguntarse: ¿Sobre cuáles decretos se puede pronunciar el Consejo de Estado en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 2o del artículo 237 constitucional? La respuesta es evidente: sobre todos los que no estén contemplados dentro de las atribuciones que la Constitución Política confiere a la Corte Constitucional (Art. 241 C.P.). Así, entonces, resulta inconstitucional que el legislador

Otro de los inconvenientes que tiene la división del control de constitucionalidad de los decretos del Gobierno Nacional, entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es la posibilidad que tiene el Gobierno Nacional de eludir el control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Constitucional, regulando algo que debería serlo por Ley a través de decreto reglamentario para que su control de constitucionalidad no lo realice la Corte Constitucional, sino el Consejo de Estado.<sup>273</sup>

---

estatutario entre a hacer una enumeración taxativa de los decretos objeto de control por parte del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pues ello no está contemplado en el artículo 237 en comento y tampoco aparece en parte alguna de esa disposición -como sí sucede para el numeral 1o- una facultad concreta para que la ley se ocupe de regular esos temas. Limitar de esa forma los alcances del numeral 2o del artículo 237 de la Carta es a todas luces inconstitucional y, por lo mismo, obliga a la Corte a declarar la inexecutable de la siguiente expresión del artículo bajo examen: “*ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Para tal efecto, la acción de nulidad por inconstitucionalidad se tramitará con sujeción al mismo procedimiento previsto para la acción de inexecutable y podrá ejercitarse por cualquier ciudadano contra las siguientes clases de decretos: 1. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco; 2. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que le confieren autorizaciones; 3. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía; y, 4. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a la ley previa*”. Sentencia C 037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>273</sup> “El caso de los decretos reglamentarios es grave y paradigmático, pues allí ha desaparecido todo control real. De hecho, hoy se hace cualquier cosa con un decreto reglamentario. Se evita el control constitucional y se logra la realización de una competencia por parte del Consejo de Estado, donde el control es inexistente. Esto en atención a que la competencia para controlar los decretos reglamentarios fue asignada al Consejo de Estado (artículo 237.2 de la Constitución), aconteciendo que bajo el nombre de decreto reglamentario se expide un decreto de contenido legislativo, sin realizar control.” QUINCHE RAMIREZ. Manuel. La Elusión Constitucional: Una política de evasión del control constitucional en Colombia. Ed: Universidad del Rosario. Primera Edición. Bogotá. 2009. Pág. 38.

### **Características de este tipo de control de constitucionalidad:**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de un órgano judicial como lo es el Consejo de Estado.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: este control de constitucionalidad recae sobre el decreto cuestionado.
- Se trata de un control por vía de acción y pues el Consejo de Estado revisa la constitucionalidad del decreto a petición de un ciudadano
- Este control no es integral, porque se circunscribe a las razones alegadas por el ciudadano y el decreto puede ser objeto de nuevas revisiones por razones diferentes a las expuestas por el demandante.
- Es un control posterior a la expedición del decreto por parte del Gobierno Nacional.
- No es un control definitivo, pues una vez el Consejo de Estado se pronuncia sobre la constitucionalidad del decreto puede ser demandado por un ciudadano por razones diferentes a las analizadas por el máximo tribunal de contencioso administrativo colombiano.

El siguiente cuadro muestra las diferencias más relevantes entre una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional y una acción de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado.

	<b>ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>	<b>ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD</b>
<b>Sustento normativo</b>	Artículos 40 Numeral 6°, 241, 242 y 379 de la Constitución Política de Colombia	Artículo 237 numeral 2° de la Constitución Política de Colombia. Artículos 49 de Ley 270 de 1996 y 135 de la Ley 1437 de 2011
<b>Autoridad que conoce</b>	Corte Constitucional	Consejo de Estado
<b>Normas frente a las que procede</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Actos reformativos de la Constitución</li> <li>- Leyes</li> <li>- Decretos con fuerza material de ley</li> <li>- Decretos de facultades extraordinarias dadas al Gobierno Nacional por artículos transitorios de la Constitución</li> <li>- Decretos con fuerza de ley estatutaria por facultades dadas al Gobierno Nacional por un acto legislativo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Decretos sin fuerza material de ley</li> </ul>
<b>Sujeto activo</b>	El ciudadano	El ciudadano
<b>Tipo de control de constitucionalidad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Abstracto</li> <li>- Posterior a la publicación de la norma</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Abstracto</li> <li>- Posterior a la publicación de la norma</li> </ul>
<b>Efectos del control de constitucionalidad</b>	La norma declarada inexecutable sale del ordenamiento jurídico	La norma declarada nula sale del ordenamiento jurídico

#### **2.4.1.2 La nulidad de los actos administrativos ante la jurisdicción contenciosa administrativa**

La posibilidad de que un ciudadano pudiese cuestionar actos administrativos por ser contrarios a la Constitución o a la Ley surge con la Ley 130 de 1913 que crea un Máximo Tribunal de lo Contencioso

Administrativo<sup>274</sup> y los tribunales seccionales<sup>275</sup>, con el fin de que revisaran la constitucionalidad y legalidad de actos de la administración no sometidos

---

<sup>274</sup> El artículo 1° de la Ley 130 de 1913 establece para qué se creó la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia: “La jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente Ley. El artículo 3° de la citada ley prevé como se elegían los magistrados pertenecientes a esta Corte: “El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo se compone de seis Magistrados, cuya elección corresponde a la Corte Suprema de justicia, la cual debe proceder, para hacerla, de acuerdo con el Sistema electoral vigente a la sazón, que asegure la representación proporcional de que trata el artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910.” Y los artículos 18, 19, 20, 21 y 22, establecían sus funciones.

<sup>275</sup> Los artículos 23, 24 y 25 de la ley 130 de 1913, establecía la composición y elección de los magistrados de los Tribunales Administrativos Seccionales: “Los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo son ocho, cuyas nominaciones, territorio de su jurisdicción y lugar de su residencia se expresan en seguida:

a) Tribunal Administrativo de Bogotá, con residencia en la ciudad del mismo nombre y con jurisdicción en el Departamento de Cundinamarca, Intendencia Nacional del Meta y Comisarías de Vaupés y Vichada;

b) Tribunal Administrativo de Bucaramanga, con residencia en la ciudad del mismo nombre y con jurisdicción en los Departamentos de Santander y Norte de Santander;

c) Tribunal Administrativo de Cartagena, con residencia en la ciudad del mismo nombre, y con jurisdicción en los Departamentos de Atlántico, Bolívar, Magdalena y Panamá, Intendencias Nacionales del Chocó y San Andrés y Providencia, y Comisarías de Jurado, Urabá y La Guajira;

d) Tribunal Administrativo de Medellín, con residencia en la ciudad del mismo nombre, y con jurisdicción en los Departamentos de Antioquia y Caldas; Tribunal Administrativo de Pasto, con residencia en la ciudad del mismo nombre, y con jurisdicción en el Departamento de Nariño, y en las Comisarías del Caquetá y el Putumayo; Tribunal Administrativo de Popayán residencia en la ciudad del mismo nombre, y con jurisdicción en los Departamentos del Tolima y Huila, y h) Tribunal

Administrativo de Tunja, con residencia en la ciudad del mismo nombre, y con jurisdicción en el Departamento de Boyacá y en la Comisaría de Arauca.” Artículo 23, Ley 130 de 1913.

“Cada Tribunal Administrativo Seccional consta de tres Magistrados, con excepción del de Cartagena., que se compone de cinco.” Artículo 24, Ley 130 de 1913.

a la competencia de la Corte Suprema de Justicia, es el caso de las ordenanzas y otros actos de las asambleas departamentales<sup>276</sup>; de los decretos y demás actos de los gobernadores, de los acuerdos y demás actos de los concejos municipales<sup>277</sup>. Posteriormente, se expide la ley 167 de 1941, segundo Código Contencioso Administrativo del país, el cual conservó esta garantía, pero amplió su titularidad a toda “persona”<sup>278</sup>. Años

---

“Los Magistrados de los Tribunales Administrativos Seccionales se eligen por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, el cual debe, proceder en los términos prescritos en el artículo de esta Ley.” Artículo 25, Ley 130 de 1913.

<sup>276</sup> “Todo ciudadano tiene derecho de pedir al respectivo Tribunal Seccional Administrativo que se declare la nulidad de una ordenanza u otro acto e una Asamblea Departamental que se considere contrario a la Constitución o a la ley.” Artículo 52, Ley 130 de 1913 Desde 1886 Colombia es una República unitaria descentralizada y los departamentos son entidades territoriales descentralizadas, coadministradas por las asambleas departamentales y los gobernadores. Las primeras expiden normas denominadas ordenanzas y los segundos expiden decretos, ambos tipos de normas se encuentran en el mismo nivel jerárquico dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Para principios del siglo XX, la elección, conformación y funciones de las asambleas departamentales se encuentran reguladas por la ley 4 de 1913, desde los artículo 85 a 99. Los anteriores aspectos se encuentran hoy regulados por la Constitución en los artículos 299 y 300.

<sup>277</sup> “Todo ciudadano tiene derecho de pedir al respectivo Tribunal Administrativo Seccional que se declare nulo un acuerdo, u otro acto de un Concejo, que considere contrario a la Constitución, a la ley o a la ordenanza departamental.” Artículo 72. Ley 130 de 1913. Desde 1886 Colombia es una República unitaria descentralizada y los municipios son entidades territoriales descentralizados, coadministrados por los concejos municipales y los alcaldes. Los primeros expiden normas denominados acuerdos y los segundos expiden decretos, ambos tipos de normas se encuentran en el mismo nivel jerárquico dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Para principios del siglo XX La elección, conformación y funciones de los concejos municipales se encuentran regulados por la ley 4 de 1913, desde los artículo 159 a 179. Los anteriores aspectos se encuentran hoy regulados por la Constitución en los artículos 312 y 313.

<sup>278</sup> La Ley 167 de 1941, en sus artículo 62, 63, 64 y 65, prevé la posibilidad de cuestionar actos emanados de la administración tales como decretos del Gobierno Nacional, ordenanzas de las asambleas departamentales y demás normas del orden departamental y los acuerdos de los concejos municipales y demás normas del orden municipal, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad y el artículo 66 de la misma ley, faculta a cualquier persona para hacer uso de la acción de nulidad en los siguientes términos: “Toda persona puede solicitar por si o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados.

después se expiden el decreto 01 de 1984, tercer Código Contencioso del país, el cual aún se refiere a la pretensión de nulidad en términos de “acción de nulidad”<sup>279</sup> y la Ley 1437, que es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo actualmente vigente.<sup>280</sup>

En este caso no hablamos de una “acción de inconstitucionalidad”, sino de una “nulidad”. Primero porque no solo están facultados los ciudadanos, pues el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo faculta a “toda persona” para instaurarla,<sup>281</sup> lo

---

Esta acción se llama de nulidad y procede contra los actos administrativos, no sólo por estos motivos, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profiere.”

<sup>279</sup> “Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.” Artículo 84, Decreto 01 de 1984.

<sup>280</sup> “Artículo 137. *Nulidad*. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro...” Ley 1437. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>281</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sentencia del 9 de diciembre de 1991, M. P. Guillermo Chahín Lizcano. En esta providencia la corporación acogió la tesis que sólo los ciudadanos están legitimados para interponer acción de nulidad. En aquella oportunidad el Consejo de Estado se fundamentó en el texto del artículo 40 C. N. de 1991, que indica: “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”.

que abre las posibilidades a las personas jurídicas y extranjeros, los cuales están excluidos de la acción de inconstitucionalidad y de la acción de nulidad por inconstitucionalidad y segundo, no solo se trata de una acción de inconstitucionalidad, pues el referente no es únicamente la Constitución, sino también la Ley.<sup>282</sup>

La nulidad procede no solo contra actos generales, sino también cuando existe un acto de carácter particular o individual<sup>283</sup> y el interés del

---

Desde esta perspectiva se abandona el carácter de acción popular, por el de una acción ciudadana, con las consecuentes limitaciones que implicaba para su ejercicio. Esta posición jurídica fue revisada por la corporación, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. sentencia 31 de julio de 1996, M.P. Silvio Escudero Castro, recuperando el carácter de acción popular para la nulidad; no sólo en razón de que la acción de nulidad pretende la defensa del orden jurídico abstracto, sino también porque no sería lógico ni constitucional limitar el ejercicio de los mecanismos de defensa.”

<sup>282</sup> “La acción de nulidad, de larga tradición legislativa (ley 130 de 1913) y jurisprudencial en nuestro medio, tiene como finalidad específica la de servir de instrumento para pretender o buscar la invalidez de un acto administrativo, proveniente de cualquiera de las ramas del poder público, por estimarse contrario a la norma superior de derecho a la cual debe estar sujeto. A través de dicha acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa. Dicha jerarquía, cuya base es la Constitución, se integra además con la variedad de actos regla, que en los diferentes grados u órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales de que han sido investidos formal, funcional o materialmente.

...

La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los arts. 1, 2, 6, 121, 123, inciso 2o., 124 de la C.P., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238)”. La Corte Constitucional en sentencia No. C-513 de 1994.

<sup>283</sup> “...Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

accionante es público y no busca un beneficio personal.<sup>284</sup> De esta manera, la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado es la tutela del orden jurídico, con el propósito de que quede sin efecto por contrariar las normas superiores del derecho como lo son la Constitución y la Ley. Esta acción se encuentra consagrada en interés general para que prevalezcan la defensa de la constitucionalidad y la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría, y por ello puede ser ejercida en todo el tiempo por cualquier persona. Lo que significa que no tiene caducidad, mientras el acto cuestionado aún esté surtiendo efectos jurídicos. El accionante no podrá desistir de la acción, pues el interés no es particular sino general.<sup>285</sup>

---

2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.

3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.

4. Cuando la ley lo consagre expresamente.” Ley 1437. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>284</sup> “Establecer como orientación jurisprudencial dominante, que la acción de nulidad sólo procede contra los actos de contenido particular cuando lo indique la ley o cuando éstos representen un interés para la comunidad, no sólo comporta una interpretación inexacta del contenido del artículo 84 del C.C.A., cuyo texto permite demandar por vía de la simple nulidad todos los actos de la Administración, sino también, una inversión de la regla allí establecida, en cuanto que la citada orientación lleva a la conclusión de que solo por excepción los actos administrativos de contenido particular son demandables a través de la acción de simple nulidad, sentido que jamás podría extraerse del texto de la preceptiva impugnada ni del alcance que la propia Constitución y la ley le han fijado a la acción Pública de nulidad.” Sentencia C -426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>285</sup> SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Ed: Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Pág. 137 y ss.

### **Características de este tipo de control de constitucionalidad:**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de autoridades judiciales como lo son los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: este control de constitucionalidad recae sobre el acto administrativo cuestionado.
- Se trata de un control por vía de acción y pues la jurisdicción contencioso administrativa revisa la constitucionalidad del acto administrativo a petición de cualquier persona con lo que se desmarca de la acción de inconstitucionalidad y la acción de nulidad por inconstitucionalidad cuyo titular es el ciudadano.
- Este control no es integral, porque se circunscribe a las razones alegadas por la persona y el decreto puede ser objeto de nuevas revisiones por razones diferentes a las expuestas por el demandante.
- Es un control posterior a la expedición del acto por parte de la administración.
- No es un control definitivo, pues una vez la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncia sobre la constitucionalidad del acto administrativo puede ser demandado por otra persona por razones diferentes a las analizadas por la citada jurisdicción.

El siguiente cuadro muestra las diferencias más relevantes entre una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional y una nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa.

	<b>ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>	<b>NULIDAD</b>
<b>Sustento normativo</b>	Artículos 40 Numeral 6°, 241, 242 y 379 de la Constitución Política de Colombia	Artículo 137 Ley 1437 de 2011
<b>Autoridad que conoce</b>	Corte Constitucional	Consejo de Estado
<b>Normas frente a las que procede</b>	Actos reformativos de la Constitución Leyes Decretos con fuerza material de ley Decretos de facultades extraordinarias dadas al Gobierno Nacional por artículos transitorios de la Constitución Decretos con fuerza de ley estatutaria por facultades dadas al Gobierno Nacional por un acto legislativo	Actos administrativos tales como: Decretos del Gobierno Nacional que contradigan la Ley Actos administrativos de autoridades del orden nacional en cumplimiento de funciones administrativas que contradigan la Constitución y la Ley. Ordenanzas y demás normas del orden departamental que contradigan la Constitución y la Ley. Acuerdos y demás normas del orden municipal que contradigan la Constitución y la Ley. Resoluciones de autoridades de autoridades administrativas que contradigan la Constitución y la Ley.
<b>Sujeto activo</b>	El ciudadano	Cualquier persona
<b>Tipo de control de constitucionalidad</b>	Abstracto Posterior a la publicación	Abstracto (excepcionalmente

	<b>ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>	<b>NULIDAD</b>
	de la norma	procede frente a normas de contenido concreto) Posterior a la publicación de la norma
<b>Efectos del control de constitucionalidad</b>	La norma declarada inexecutable sale del ordenamiento jurídico	La norma declarada nula sale del ordenamiento jurídico

### 2.4.1.3 La objeción presidencial por inconstitucionalidad

Su origen puede situarse en el parlamentarismo europeo, en el cual el rey podía vetar una ley expedida por el parlamento. La Constitución de los EEUU, en su artículo I, sección VII, también prevé la posibilidad de que el Presidente de la Unión objete un proyecto de ley que ha sido aprobado por el Congreso Norteamericano.<sup>286</sup> En nuestra historia constitucional y su arraigado presidencialismo ha sido una constante la posibilidad de que el Presidente de la República se niegue a firmar un proyecto de ley que fue

---

<sup>286</sup> “Todo proyecto que hubiere sido aprobado por la Cámara de Representantes y el Senado será sometido al Presidente de los Estados Unidos antes de que se convierta en ley. Si el Presidente lo aprueba, lo firmará. De lo contrario, lo devolverá con sus objeciones a la Cámara en donde se originó el proyecto, la que insertará en su diario las objeciones íntegramente y procederá a reconsiderarlo. Si después de tal reconsideración dos terceras partes de dicha Cámara convinieren en aprobar el proyecto, éste se enviará, junto con las objeciones, a la otra Cámara, la que también lo reconsiderará y si resultare aprobado por las dos terceras partes de sus miembros, se convertirá en ley. En tales casos la votación en cada Cámara será nominal y los votos en pro y en contra del proyecto así como los nombres de los votantes se consignarán en el diario de cada una de ellas. Si el Presidente no devolviera un proyecto de ley dentro de los diez días (excluyendo los domingos), después de haberle sido presentado, dicho proyecto se convertirá en ley, tal cual si lo hubiera firmado, a no ser que, por haber recesado, el Congreso impida su devolución. En tal caso el proyecto no se convertirá en ley.” Constitución de los EEUU. Artículo I, sección VII.

aprobado por el Congreso, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C- 452 de 2006, narra la historia de esta institución en Colombia, así:

“El texto de la Constitución Cúcuta de 1821, estableció que el Poder Ejecutivo, cuando lo estimara conveniente, podía devolver un proyecto de ley a la Cámara de origen, *“acompañándole sus reparos, sea sobre falta en las fórmulas, o en lo sustancial, dentro del término de diez días contados desde su recibo*, reparos que eran consignados en el registro de las sesiones de la Cámara donde la ley tuvo su origen. En caso de que la Cámara no compartiera las objeciones presidenciales, el articulado era discutido nuevamente, el cual, en caso de llegar a ser aprobado nuevamente por la mayoría de las 2/3 partes de los miembros presentes, pasaba a la otra Cámara. De llegar esta última a aprobarlo por la misma mayoría señalada, *“el proyecto tendrá fuerza de ley y deberá ser firmado por el Poder Ejecutivo.*

En la Constitución de 1830, en el articulado dedicado a la formación de las leyes, su sanción y promulgación, se disponía que ningún proyecto de ley, aunque hubiese sido aprobado por ambas Cámaras, tendría fuerza de ley, mientras no fuese sancionado por el *“Jefe del Ejecutivo*. Si este último lo hallaba inconveniente, lo devolvía a la Cámara de origen dentro de un término de 15 días, *“con sus observaciones*. La Cámara respectiva debía entonces discutir nuevamente el proyecto; si encontraba fundadas las objeciones sobre la totalidad del mismo, se procedía a archivarlo, *“pero si se limitasen solamente a ciertos puntos, se tomarán en consideración las observaciones y deliberará lo conveniente.*

La Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832, por su parte, en su Sección VI, “*De la formación de las leyes*”, establecía que el Poder Ejecutivo podía “*hallar inconveniente para su publicación*” un determinado proyecto de ley, debiendo entonces devolverlo a la Cámara de origen con sus observaciones, dentro de los ocho días siguientes a su recibo. A continuación, la Cámara respectiva discutía nuevamente el proyecto; si las encontraba fundadas y versaban sobre la totalidad del proyecto, se procedía al archivo del mismo; “*pero si se limitaren solamente a ciertos puntos, se podrán tomar en consideración y se deliberará sobre ellos lo conveniente*”.

La Constitución de la República de la Nueva Granada de 1843 conservó la fórmula según la cual “*Ningún proyecto de ley o de otro acto legislativo, aunque aprobado por ambas Cámaras, tendrá fuerza de ley sin la sanción del Poder Ejecutivo*”. De manera mucho más detallada que los anteriores textos constitucionales, reguló la figura de las objeciones presidenciales por motivos de inconveniencia.

Posteriormente, la Constitución de 1853 de la Nueva Granada dispuso que el Presidente, una vez aprobado el proyecto de ley, podía o bien expedir un “*decreto de ejecución*”, o devolverlo a la reconsideración del Congreso, “*si lo creyere **inconstitucional**, perjudicial o defectuoso*”. En tal caso, las Cámaras Legislativas, luego de recibidas las observaciones del Poder Ejecutivo “*procediendo como en la confección del proyecto primitivo, le darán un nuevo debate, y el resultado de éste se pasará nuevamente al Poder Ejecutivo para la ejecución, que en tal caso no podrá rehusar*”.

Posteriormente, la Constitución de la Confederación Granadina de 1858, en sus artículos 35 a 38, reguló lo referente al trámite de las objeciones presidenciales. En tal sentido, el Presidente de la Confederación podía, por motivos de inconveniencia o de inconstitucionalidad, devolver a la Cámara de origen un proyecto de ley, bien fuera en su totalidad o parcialmente; ésta, a su vez, podía considerar fundadas o no las referidas objeciones, pero cuando ambas Cámaras declaraban infundadas las observaciones “*el Presidente de la Confederación tiene el deber de sancionar el proyecto*”.

Bajo la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, el Presidente de la Unión podía devolver el proyecto de ley a la Cámara de origen, con el propósito de ser reconsiderado, acompañado de las observaciones que motivaban la devolución. Al respecto, cabe aclarar que los motivos podían ser basados en razones de **inconstitucionalidad** o inconveniencia. Si una de las Cámaras declaraba fundadas las observaciones formuladas por el Presidente de la Unión a la totalidad del proyecto, éste era archivado, y si ambas Cámaras las consideraban infundadas, el Jefe de Estado no podía negarse a sancionar el proyecto de ley. Una regulación constitucional mucho más compleja existía en caso de objeciones presidenciales parciales. De igual manera, la Constitución Federal establecía unos términos para la presentación de aquéllas, dependiendo del número de artículo.

La Constitución de 1886 reguló asimismo la figura de las objeciones presidenciales por motivos de inconveniencia o de **inconstitucionalidad**, introduciendo como importante novedad el control de constitucionalidad para este último caso, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, en los términos del original artículo 90 de la citada Carta Política “*Exceptúese de lo dispuesto en el artículo 88 el caso que el proyecto*

*fuere objetado por inconstitucionalidad. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de los seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto”.*

Pues bien, dentro de las reformas que conoció la Constitución de 1886 en materia de control de constitucionalidad sobre las objeciones presidenciales, se tiene que el Acto Legislativo núm. 3 del 31 de octubre de 1910, dispuso lo siguiente:

“Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido **objetados como inconstitucionales** por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.

Años más tarde, el Acto Legislativo núm. 1 del 16 de febrero de 1945 modificó la regulación del control de constitucionalidad sobre las objeciones presidenciales, en los siguientes términos:

“Artículo 53.

El artículo 147 de la Constitución quedará así:

Artículo 147.

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

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados 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 artículos 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexecuibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación.

Posteriormente, el Acto Legislativo núm. 1 del 11 de diciembre de 1968 dispuso en relación con las competencias de la Corte Suprema de Justicia en materia de objeciones presidenciales por inconstitucionalidad, lo siguiente:

“Artículo 71.

El artículo 214 de la Constitución Nacional quedará así:

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

1. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como **inconstitucionales**, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionales por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexecuibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 y 124 cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.

La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional, compuesta de Magistrados especialistas en derecho público.

El Procurador General de la Nación y la Sala Constitucional dispondrán, cada uno, de un término de treinta días para rendir concepto y ponencia, y la Corte Suprema de Justicia de sesenta días para decidir. El incumplimiento de los términos es causal de mala conducta que será sancionada conforme a la ley.” “

El sustento normativo de las objeciones presidenciales se encuentra en los artículos 165<sup>287</sup>, 166<sup>288</sup>, 167<sup>289</sup>, 168<sup>290</sup> y 241 N° 8<sup>o</sup><sup>291</sup> de la Constitución;

---

<sup>287</sup> “Aprobado un proyecto de ley por ambas cámaras, pasará al Gobierno para su sanción. Si éste no lo objetare, dispondrá que se promulgue como ley; si lo objetare, lo devolverá a la cámara en que tuvo origen.” Artículo 165 de la Constitución Política De Colombia de 1991.

<sup>288</sup> “El Gobierno dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de veintiuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte días cuando los artículos sean más de cincuenta.

Si transcurridos los indicados términos, el Gobierno no hubiere devuelto el proyecto con objeciones, el Presidente deberá sancionarlo y promulgarlo. Si las cámaras entran en receso dentro de dichos términos, el Presidente tendrá el deber de publicar el proyecto sancionado u objetado dentro de aquellos plazos.” Artículo 166 de la Constitución Política De Colombia de 1991.

<sup>289</sup> “El proyecto de ley objetado total o parcialmente por el Gobierno volverá a las Cámaras a segundo debate.

El Presidente sancionará sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara.

Exceptúese el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En tal evento, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto. Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo.” Artículo 167 de la Constitución Política De Colombia de 1991.

<sup>290</sup> “Si el Presidente no cumpliera el deber de sancionar las leyes en los términos y según las condiciones que la Constitución establece, las sancionará y promulgará el Presidente del Congreso.” Artículo 168 de la Constitución Política De Colombia de 1991.

<sup>291</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

...

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes

79.4, 196 a 201 de la Ley 5ª de 1992 y el decreto 2067 de 1991. El Presidente de la República que según el artículo 165, 166 y 167 de la Constitución Política, en el momento de la sanción, puede objetar un proyecto de ley que ha obtenido la aprobación del Congreso de la República, por considerarlo inconveniente o inconstitucional, con lo que se configura un verdadero control de constitucionalidad de la ley, previo a su entrada en vigencia. El proyecto que fuere objetado por su supuesta inconstitucionalidad deberá regresar para ser discutido en segundos debates en cada una de las cámaras, si estas insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis (6) días siguientes, decida sobre su constitucionalidad. El fallo de exequibilidad de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto.

Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inconstitucional, así lo indicará a la cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo. La posibilidad que tiene el Presidente de objetar un proyecto de ley en aquel caso en que lo considere inconstitucional es un tipo de control de constitucionalidad abstracto porque recae sobre una, previo pues se realiza antes de la sanción y de naturaleza política y no jurisdiccional.

---

estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.” Artículo 241 N° 8° de la Constitución Política De Colombia de 1991.

### **Características de este tipo de control de constitucionalidad:**

- Es de naturaleza política: pues se encuentra a cargo de una autoridad que actúa bajo parámetros de necesidad, oportunidad o conveniencia como lo es el Gobierno Nacional.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: este control de constitucionalidad recae sobre el proyecto de ley objetado.
- Se trata de un control por vía de objeción, pues el Presidente cuestiona la constitucionalidad del proyecto de ley y hace que regrese a su cámara de origen a segundo debate.
- Este control no es integral, porque se circunscribe a las razones alegadas por el presidente las cuales deberán ser tenidas en cuenta por el Congreso de la República en caso de pretender insistir con el proyecto.
- Es un control previo a la sanción por parte del Gobierno Nacional.
- No es un control definitivo, pues el Congreso de la República puede insistir en el proyecto en caso de que lo considere constitucional y terminará siendo la Corte Constitucional quien dirima dicha controversia entre el ejecutivo y el legislativo.

El siguiente cuadro muestra las diferencias más relevantes entre una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional y una objeción presidencial por inconstitucionalidad.

	<b>ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>	<b>OBJECIÓN PRESIDENCIAL POR INCONSTITUCIONALIDAD</b>
<b>Sustento normativo</b>	Artículos 40 Numeral 6°, 241, 242 y 379 de la Constitución Política de Colombia	Artículos 167 de Constitución Política de Colombia.
<b>Autoridad que conoce</b>	Corte Constitucional	La Corte Constitucional, en caso que el proyecto se insistido por las Cámaras.
<b>Normas frente a las que procede</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Actos reformativos de la Constitución</li> <li>- Leyes</li> <li>- Decretos con fuerza material de ley</li> <li>- Decretos de facultades extraordinarias dadas al Gobierno Nacional por artículos transitorios de la Constitución</li> <li>- Decretos con fuerza de ley estatutaria por facultades dadas al Gobierno Nacional por un acto legislativo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Leyes</li> </ul>

	<b>ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>	<b>OBJECIÓN PRESIDENCIAL POR INCONSTITUCIONALIDAD</b>
<b>Sujeto activo</b>	El ciudadano	El Gobierno Nacional
<b>Tipo de control de constitucionalidad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Abstracto</li> <li>- Posterior a la publicación de la norma</li> </ul>	Cuando el Gobierno Nacional objeta: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Abstracto</li> <li>- Previo</li> </ul> Si el Congreso insiste, el control que realiza la Corte Constitucional es: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Abstracto</li> <li>- Previo</li> <li>- Automático</li> </ul>
<b>Efectos del control de constitucionalidad</b>	La norma declarada inexecutable sale del ordenamiento jurídico, es decir sus efectos son <i>erga omnes</i> .	Erga omnes

## 2.4.2 Controles de Constitucionalidad Concretos

### 2.4.2.1 La excepción de inconstitucionalidad

Es la posibilidad que tienen todos los servidores públicos<sup>292</sup> e incluso particulares con el deber de aplicar una norma jurídica de no hacerlo y

---

<sup>292</sup> "El artículo 4º de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas

preferir la Constitución, ya sea a petición de parte o de oficio<sup>293</sup>. Como se encuentra establecida en Colombia se trata de un control de constitucionalidad concreto, pues quien está facultado para inaplicar, lo hace para un caso concreto y la norma inaplicada sigue vigente.<sup>294</sup> Aunque como se dijo en el primer capítulo de este trabajo, tiene influencia del modelo estadounidense, debe aclararse que va más allá que este donde solo los jueces pueden inaplicar.

---

constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.” Sentencia T-556 de 1998, Corte Constitucional Colombiana.

<sup>293</sup>“La jurisprudencia de esta Corporación ha concluido que la excepción de inconstitucionalidad puede aplicarse de oficio y que, en consecuencia, su utilización “no comporta un exceso en los límites materiales y personales del proceso en el cual ésta se verifica”, como tampoco el desconocimiento del valor jerárquico normativo en que se estructura el ordenamiento jurídico. La aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad no da origen, por este sólo hecho, a una vía de hecho judicial.”

“Debe tenerse en cuenta que no son las partes en el proceso, sino la misma Constitución, la que habilita al juez para hacer prevalecer el ordenamiento superior. Por ello, el hecho de que la excepción de constitucionalidad no sea alegada por una de ellas, no implica que su declaratoria no pueda hacerse directamente por el fallador.” Sentencia T 808 de 2007. M.P (E). Catalina Botero Marino.

<sup>294</sup> “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. En este caso 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.” Sentencia C 122 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional de Colombia.

Su sustento normativo son los artículos 4° de la Constitución Política de Colombia<sup>295</sup>, el 20 de la Ley 393 de 1997<sup>296</sup> y el 148 de la Ley 1437 de 2011<sup>297</sup>. Esta institución debe ser complemento de los demás controles de constitucionalidad, una herramienta de garantismo y justicia, reflejo de la supremacía de la Constitución y los principios que la inspiraron, debe ser límite al poder del creador de la norma infra constitucional y garantía para el individuo sujeto de la misma, así lo ha expresado nuestra Corte Constitucional.<sup>298</sup>

---

<sup>295</sup> “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.” Artículo 4° Constitución Política de Colombia.

<sup>296</sup> “*Excepción de Inconstitucionalidad*. Cuando el incumplimiento de norma con fuerza de Ley o Acto Administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el Juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el Juez la aplique oficiosamente.

Parágrafo.- El incumplido no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso.” Artículo 20, Ley 393 de 1997.

<sup>297</sup> “*Control por vía de excepción*. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.” Artículo 148, Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>298</sup> “La integridad y primacía de la Constitución, consagrada en virtud del querer soberano del pueblo, es un Derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas –acción de inexequibilidad, acción de nulidad, excepción de inconstitucionalidad, acción de tutela, etc.- se concede a ellas por la Constitución con miras a vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas”. Subrayado fuera de texto. Sentencia T-006 1992, Corte Constitucional de Colombia. M.P. Eduardo Cifuentes.

Su origen puede situarse a finales del siglo XIX, época en que el derecho colombiano se debate entre la supremacía de la Constitución y la soberanía de la ley. Miguel Antonio Caro propuso la creación de una institución que permitiese que la autoridad judicial pudiese inaplicar ley en aquellos casos en que fuese contraria a la Constitución, lo anterior en ocasión del proceso constituyente de 1886.<sup>299</sup> Sin embargo, fue el mismo Caro quien pidió no avalar su propuesta y preferir en cambio la que establecía la objeción presidencial de los proyectos de ley que el ejecutivo considerase inconstitucionales y en caso de que el legislador insistiese entonces, tal confrontación debería ser resuelta por la Corte Suprema de Justicia.<sup>300</sup>

En 1910 se convoca a una asamblea nacional constituyente con el propósito de sacar al país de la crisis política y social de finales del siglo XIX y principios del XX.<sup>301</sup> Se ve en el Constitucionalismo y por ende en la

---

<sup>299</sup> “Si el soberano dicta una ley inconstitucional, esta ley sancionada y promulgada debe ser obedecida, mientras no haya, como no lo hay, un poder superior que tenga la facultad de anularla. No puede dejarse al ciudadano la facultad de desobedecer la ley por cuanto la juzga contraria a la Constitución. Tal principio sería anárquico. Pero si debe tener el derecho de pedir que no se cumpla en su daño, y los Tribunales no deben aplicarla cuando lesiona derechos civiles garantizados por la Constitución. Nadie anula ley: así se salva el principio de autoridad; pero el ciudadano tiene el derecho de defensa, ejercitada por las vías legales, y el poder judicial le dispensa protección: así se salva la libertad bien entendida, y ambos principios quedan conciliados”. Véase: Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886. Volumen VIII. Historia extensa de Colombia. Ed: Plaza y Janés. Bogotá. 1983. Pág. 94 y 95.

<sup>300</sup> La objeción presidencial por inconstitucionalidad, propuesta por Caro, se convirtió en el artículo 90 de la Constitución de 1886.

<sup>301</sup> “La Asamblea Nacional Constituyente fue convocada mediante el Decreto 126 del 25 de febrero de 1910, expedido durante la presidencia de Ramón González Valencia. Al igual que en el Congreso de la República, la composición de este órgano fue mayoritariamente republicana (Tascón 1951, 213). De acuerdo con Carlos E. Restrepo:

La Asamblea representará "de hecho" a todos los partidos; de "derecho", a toda la nación. Si la Asamblea es lo que puede y debe ser, tendremos por primera vez, una

supremacía de la Constitución el mecanismo para regresar a la senda de la institucionalidad. Son hijas de esta reforma la acción de inconstitucionalidad que se tratará en el capítulo III del presente escrito y la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 40 del mismo Acto Legislativo.<sup>302</sup> En la acción de inconstitucionalidad quedó claro quién era la autoridad encargada de conocer de ella, pero para la excepción no hubo tal precisión. Lo anterior llevó a dos interpretaciones doctrinarias, así:

1. Solo el poder judicial puede inaplicar una norma conforme a lo establecido por el artículo 40 del acto legislativo 3° de 1910.<sup>303</sup>

2. Todo servidor público es competente para hacer uso de esta institución.<sup>304</sup>

---

CONSTITUCIÓN NACIONAL. Es el ápice, la culminación de la República (Restrepo 1972b, 19).

“Los liberales y conservadores históricos lograron su objetivo: la Constitución de 1886 se reformó y se consagró en el artículo 40 del Acto Legislativo 03 de 1910, en los siguientes términos: “[e]n todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”. Con la inclusión de este artículo en la Constitución terminó la amplia presunción de constitucionalidad consagrada en el artículo 6 de la Ley 153 de 1887.” MAYA CHAVES. José María. *Discordia, reforma y excepción de inconstitucionalidad*. Revista Estudios Sociales N° 42. Universidad de los Andes. Bogotá, abril de 2012. Pág. 125.

<sup>302</sup> “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicaran de preferencia las disposiciones constitucionales” artículo 40, Acto Legislativo 3° de 1910.

<sup>303</sup>“Nuestra tesis es, en consecuencia, la siguiente: solo el poder judicial puede hacer uso de la facultad concedida por el artículo 40 del acto legislativo número 3 de 1910, en los casos concretos que lleguen a su estudio en virtud de los trámites del procedimiento judicial.” Tesis sostenida por Alfredo Araújo Grau en Jurisdicción Constitucional. Talleres Gráficos Mundo al Día. Bogotá. 1936. Pág. 101. Para la Corte Constitucional colombiana pueden inaplicar todos los servidores públicos y los particulares con el deber de aplicar una norma jurídica. Sentencia C 122 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional de Colombia.

<sup>304</sup>“Entre nosotros todo el que va a aplicar la ley autoridad legislativa, ejecutiva, judicial – está en obligación de desatender sus preceptos cuando pugnan con normas

Fue tal el grado de indeterminación normativa que el citado artículo 40 del Acto Legislativo 3° de 1910 fue ubicado en diferentes partes del texto constitucional<sup>305</sup> y durante mucho tiempo se pensó que se trataba de una disposición complementaria y subalterna del artículo 41 de la citada reforma.<sup>306</sup> Todos estos factores llevaron a que la excepción de inconstitucionalidad no tuviese mayores alcances en vigencia de la Constitución de 1886.<sup>307</sup>

---

constitucionales. Esto no admite distinguos ni subdistingos. El artículo 40 es de una claridad perfecta.” Tesis propuesta por Miguel Moreno Jaramillo en Estudios Jurídicos. Tipografía Industrial. Medellín. 1938. Pág. 100 y 101.

<sup>305</sup> “Esa incertidumbre menoscabó la suerte y hasta la propia imagen del artículo 40. A punto tal que durante varias décadas ni siquiera hubo un criterio unívoco acerca de dónde ubicarlo dentro de la Constitución.

En un comienzo, cuando se hizo la codificación de la Constitución con inclusión de las normas del Acto Legislativo 3° de 1910, el artículo 40 se insertó en el 161 de aquella, que disponía que toda sentencia debe ser motivada y que forma parte del Título XV sobre la administración de justicia. Más tarde, cuando en 1936 el Gobierno adelantó una nueva codificación oficial de disposiciones constitucionales, la norma siguió formando parte del Título XV, pero pasó a ubicarse (con el número 150) inmediatamente después de la relativa a la acción de inconstitucionalidad.

Luego, en 1945, con ocasión de la reforma constitucional de ese año y de la nueva codificación oficial que en el respectivo acto legislativo se le ordenó hacer al Gobierno, previo concepto del Consejo de Estado, la norma pasó a hacer parte de un nuevo título, el XX, denominado “de la Jurisdicción Constitucional”, pero continuó colocado (con el número 215) a renglón seguido del artículo sobre la acción de inconstitucionalidad”. ESGUERRA P. Juan Carlos. La protección Constitucional del Ciudadano. Ed: Legis. Bogotá. 2004. Pág. 416.

<sup>306</sup> “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 Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.” Artículo 41, Acto Legislativo 3 de 1910.

<sup>307</sup> ...Fue en esa coyuntura que prevaleció finalmente la forma de control constitucional que acudía a la acción como medio más idóneo para lograr una decisión que solucionara los conflictos normativos de carácter vertical suscitados entre la ley u otras normas jerárquicamente inferiores y la Constitución. Solución esta que exhibe, en sus decisiones, las citadas características: son formales, generales y definitivas.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 retomó esta institución y la incluyó en el artículo 4° de la Constitución vigente,<sup>308</sup> estableció el deber de aplicar la norma constitucional en vez de la otra de menor jerarquía en aquellos casos donde estas últimas contradigan la Constitución. La excepción de inconstitucionalidad no es una declaratoria de inconstitucionalidad. No trae consigo consecuencias en abstracto. Se trata de control de constitucionalidad concreto y sus efectos son *inter partes*,<sup>309</sup> pues la norma inaplicada, sigue vigente para los demás casos.

Sin embargo, es posible hablar de efectos *inter pares*, es decir quienes estén en una situación similar tendrán derecho a ser tratados de manera similar, cuando la autoridad que ordena la inaplicación de una norma es la

---

Por el contrario, la huella de la solución exceptiva, de raíz angloamericana, permaneció simplemente aferrada al texto, ya legal, ya constitucional, como puede ver el recuento histórico anterior; esta solución o vía de control estuvo siempre expuesta al olvido, salvo atrevidas y circunstanciales actitudes, tildadas como extravagantes, de algún juez temerario decidido a exponerse a una investigación por prevaricato, o de algún jurista litigante al aventurero y francamente empecinado.” HERRERA GOMEZ. Ana Lucia y otros. La Inaplicabilidad de la Jurisdicción Constitucional. Editorial Universidad de Antioquia. Primera Edición. Medellín. 2002. Págs. 95 y 96.

<sup>308</sup> Para el estudio de la excepción de inconstitucionalidad en la Asamblea Nacional Constituyente puede verse: ESGUERRA P. Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 418 y ss.

<sup>309</sup> Sentencia C- 600 de 1998. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. “En cambio, la hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto **inter partes**, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.

La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquella.”

Corte Constitucional en una de sus decisiones y concurren cinco condiciones fácticas a saber:

a) Que la excepción de inconstitucionalidad resulte de la simple comparación de la norma inferior con la Constitución, de la cual surja una violación, no sólo palmaria, sino inmediata y directa de una norma constitucional específica.

b) Que la norma constitucional violada, según la interpretación sentada por la Corte Constitucional, defina de manera clara la regla jurídica que debe ser aplicada.

c) Que la inconstitucionalidad pueda ser apreciada claramente, sin que sea necesario sopesar los hechos particulares del caso y, por lo tanto, la inconstitucionalidad no dependa de tales hechos.

d) Que la norma inaplicada regule materias sobre las cuales la Corte Constitucional ha sido investida por la Constitución de una responsabilidad especial, como es el caso de la acción de tutela y la protección efectiva de los derechos fundamentales, en virtud del artículo 241 numeral 9 y del inciso 2 del artículo 86 de la Carta.

e) Que la decisión haya sido adoptada por la Sala Plena de la Corte en cumplimiento de su función de unificar la jurisprudencia o haya sido reiterada por ella.

Cuando se den los anteriores requisitos, entonces todo aquel que esté en una situación similar al caso fallado por la Corte, tendrá derecho a ser tratado de manera similar. Incluso este Tribunal ordenó a todos los jueces inaplicar una norma en casos semejantes a uno fallado por él<sup>310</sup>

La inaplicación de una norma, por considerarla inconstitucional, es de carácter excepcional, pues contradice la presunción de constitucionalidad. Puede solicitarla cualquiera que tenga un interés legítimo para su inaplicación en un caso concreto y no aquel que solo pretenda por interés general la preservación de la supremacía constitucional, para estos casos está la acción de inconstitucionalidad.<sup>311</sup> Aunque la acción de tutela no procede contra actos generales, impersonales y abstractos<sup>312</sup>, si puede utilizarse este mecanismo de protección de derechos humanos fundamentales en aquellos casos donde se pretenda la inaplicación por

---

<sup>310</sup> En el numeral 4° del Auto 071 de 2001, la Corte Constitucional de Colombia. Siendo el Magistrado Sustanciador: Manuel José Cepeda Espinosa, ordenó: “**Cuarto.- Otorgar efectos *inter pares*** a la decisión de inaplicar el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, para que en aquellos casos que sean semejantes todos los jueces de tutela apliquen la excepción de inconstitucionalidad en el mismo sentido.”

<sup>311</sup> “Lo que resulta relevante en este aspecto es entender las distintas competencias que se otorgan en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, y en virtud del control abstracto de constitucionalidad. La primera se implementa en el contexto de la vulneración de los principios constitucionales en casos concretos, y por ello suele referirse a la garantía de derechos fundamentales cuando estos se ven amenazados por la aplicación concreta de una norma de rango legal o reglamentario, y su ejercicio está en cabeza todos los operadores jurídicos de nuestro sistema jurídico. Y la segunda, es exclusiva de los jueces de control de constitucionalidad y tiene el alcance de declarar de manera definitiva la permanencia o la salida de una norma del ordenamiento jurídico.” Sentencia T 389 de 2009. Corte Constitucional de Colombia. M. P. Humberto Sierra Porto.

<sup>312</sup> “Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: (...) 5) Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.” Artículo 6 N° 5) Decreto 2591 de 1991.

parte de una autoridad de una norma que en un caso concreto contradice la Constitución.<sup>313</sup>

Sin embargo, la vaguedad del precepto contenido en la Constitución Política de Colombia, lleva a la realización de preguntas tales como: ¿Quiénes pueden inaplicar una norma por ser contraria a la Constitución?<sup>314</sup> O ¿Cuál es el trámite de una inaplicación?<sup>315</sup> Las

---

<sup>313</sup> “En la sentencia T-318 de 1997, la supremacía constitucional del artículo 4° de la Carta se define en relación con los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos. En dicho sentido, se advirtió en la mencionada providencia que la acción de tutela como mecanismo para tramitar vulneraciones de derechos fundamentales en casos concretos, no era el procedimiento idóneo en situaciones en que una norma desconoce el orden constitucional por fuera del contexto del caso concreto. Sin embargo, se aclara también que si un juez de tutela encuentra que procede la inaplicación de la norma, en tanto su aplicación al caso concreto sugiera la vulneración de los derechos fundamentales de a quien o quienes se les va a aplicar la norma.” Sentencia T 389 de 2009. Corte Constitucional de Colombia. M. P. Humberto Sierra Porto.

<sup>314</sup> En Colombia no solo los jueces pueden inaplicar, sino también los demás servidores públicos e incluso los particulares. Ha dicho la Corte Constitucional Colombiana: “De otra parte hay que tener en cuenta que 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.” Sentencia C 122 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional de Colombia.

<sup>315</sup> “Ahora bien, con relación a las condiciones que se exigen para la aplicación de la excepción de constitucionalidad, aspecto sobre el cual el actor hace énfasis, la Corte ha señalado que la contradicción entre las normas constitucional y legal debe ser **clara y evidente**, y debe estar precedida de argumentos suficientes en los cuales se soporte la decisión. Una decisión de esta naturaleza debe tener en cuenta la jurisprudencia proferida por el intérprete autorizado de la Carta. Ello, en particular, dada la especial estructura de las normas constitucionales y las dificultades especiales de interpretación que dicha estructura ofrece. De no respetarse las reglas anteriores, las personas quedarían libradas a la voluntad y libre valoración de cada operador jurídico, en contravía de la presunción de constitucionalidad que acompaña a las disposiciones legales y de los principios de igualdad y confianza en la administración de justicia (seguridad jurídica) cuya protección exige la Constitución.

En esta medida, la Corte ha concluido que si no hay un precedente constitucional en la materia o una oposición evidente con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que disponen las disposiciones de inferior jerarquía (presunción de constitucionalidad), pues “la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de

respuestas a estos interrogantes vienen de la Corte Constitucional que ha expedido una serie de sentencias, tratando de darle sustento normativo por vía jurisprudencial a esta institución del derecho en Colombia.<sup>316</sup> La excepción de inaplicación constitucional no puede ser una rueda suelta dentro del sistema normativo y la oportunidad de unos pocos de evadir el peso de la ley, pues sería la generalización del caos y la pérdida de la seguridad jurídica.<sup>317</sup>

En Colombia es evidente la imprecisión conceptual de esta forma de control, que conduce lógicamente a su inutilización práctica.<sup>318</sup> El desuso

---

ellas corresponda, hacerla efectiva”. Sentencia T 808 de 2007. M.P (E). Catalina Botero Marino.

<sup>316</sup> Algunas providencias expedidas por la Corte Constitucional colombiana sobre la excepción de inconstitucionalidad son: T- 513 de 1997. M.P. Arango Mejía; T- 556 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C- 600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C- 037 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T- 1290 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Auto 071 de 2001. Sala plena; T- 1033 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T- 977 de 2012. M.P. Alexei Julio Estrada.

<sup>317</sup> “...la estabilidad del sistema que nos rige parte de la presunción de que toda ley se ajusta a las normas constitucionales mientras no haya sido declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia (función que cumple hoy la Corte Constitucional), lo que hace que la disposición de artículo 215 de la Carta (Artículo 4° de la Constitución de 1991) sea de naturaleza excepcional y de aplicación restringida, ya que su abuso conduciría al desquiciamiento del orden jurídico”. Extracto citado por JUAN MANUEL CHARRY UREÑA, en La Excepción de inconstitucionalidad, Santa Fe de Bogotá, Edic. Jurídicas Radar, 1994, Págs. 80 a 82.

<sup>318</sup> “Bien valdría la pena entonces la realización hoy de un trabajo de campo que permitiera detectar y cuantificar los índices de utilización o recurrencia a esta forma de control por parte de los jueces ordinarios en la actualidad, pues que se evidencia todavía la insuficiente comprensión y precisión conceptual respecto de esta figura, lo que conduce a su no utilización.

Hoy, esos jueces continúan ignorando el deber jurídico que implica para ellos ese control difuso consagrado en el artículo 4° de la carta fundamental. En el mejor de los casos, se ciñen a sentencias de las altas cortes, en particular de la corte constitucional, calcando los argumentos y razonamientos efectuados por ella en casos idénticos a los que van a decidir. No realizan ellos mismos un análisis de la constitucionalidad de las normas aplicables en principio al caso que van a resolver, no se apropian del método utilizado por la corte al enjuiciar esa constitucionalidad, sino que siguen mecánicamente los

de la excepción de inaplicación constitucional en el país, obedece a la falta de estructura jurídica de la figura, pues carece de un procedimiento reglado y unas instancias coherentes para su uso.<sup>319</sup> Así mismo, existe incertidumbre a la hora de utilizarla, debido al grado de indeterminación del artículo 4º de la Constitución Política de Colombia y demás normas concordante, en las cuales no existe una autoridad que tenga la última palabra frente a la norma inaplicada, lo que ocasiona inseguridad jurídica.<sup>320</sup>

Una propuesta encaminada a la preservación de la seguridad jurídica sería regular el trámite de inaplicación, establecer un procedimiento expedito

---

razonamientos ya elaborados por ella en casos o situaciones idénticas.” HERRERA GOMEZ. Ana Lucia y otros. La Inaplicabilidad de la Jurisdicción Constitucional. Editorial Universidad de Antioquia. Primera Edición. Medellín. 2002. Pág. 111.

<sup>319</sup> “Esta circunstancia a mi juicio, es aquello que debería instaurarse en nuestro régimen jurídico para conjurar las críticas entorno a la certeza del derecho y la seguridad jurídica que se exponen sobre el tema del control de constitucionalidad por vía de excepción y de esta manera se regularía mejor esta especie de control difuso y habría mayor certidumbre, así como seguridad para poder aplicarse, como sucede en el derecho comparado en el caso del control incidental donde hay un organismo especializado que en nuestro caso bien podría ser la Corte Constitucional para conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad que se propongan en un determinado litigio y resolverlas. Esta solución se propuso en el proyecto de Reforma Constitucional presentado a las Cámaras Legislativas por el Expresidente Cesar Gaviria Trujillo, pero desafortunadamente no prosperó.” BERNAL CANO. Natalia. La Excepción de Inconstitucionalidad y su Aplicación en Colombia. Ed: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Medellín. 2002. Pág. 146.

<sup>320</sup> La Dra., Natalia Bernal, frente a la necesidad de establecer un mecanismo incidental de consulta ante la Corte Constitucional de la excepciones que se adelanten en el país, en aras de eficacia y seguridad jurídica, dijo: “Es importante considerar, que para que la excepción de inconstitucionalidad tenga mayor eficacia y se materialice como mecanismo real para la defensa de los preceptos constitucionales y su supremacía sobre los legales, es menester adoptar un sistema de control de constitucionalidad que se caracterice por ser articulado, uniforme, serio, objetivo, que se dirija a mantener incólume la supremacía Constitucional y la protección de los derechos y las garantías de las personas, sin que ello implique la inactividad de los operadores jurídicos como lo son los jueces ordinarios la actividad controladora.” BERNAL CANO. Natalia. La Excepción de Inconstitucionalidad y su Aplicación en Colombia. Ed: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Medellín. 2002. Pág. 294.

para que sólo los jueces puedan inaplicar normas *infra* constitucionales a petición de cualquier otra autoridad pública o particular con el deber de aplicar una norma jurídica. Los efectos de la decisión judicial serían *inter partes* y de primera instancia, sin la posibilidad de reposición o apelación en aras de la celeridad del trámite. Todas las decisiones judiciales de inaplicación deberían ser enviadas a la Corte Constitucional para que esta actúe como segunda y última instancia y efectúe su control de constitucionalidad. Si la Corte ordena la inaplicación de la norma, entonces habrá un precedente que impedirá que otras autoridades la utilicen en casos similares. La Corte Constitucional ya ha establecido la necesidad de que sus decisiones por vía de inaplicación tengan efectos *erga omnes* y no simplemente *inter partes*.<sup>321</sup>

No se requiere menoscabar la figura de la inaplicación constitucional, al contrario, es necesario vigorizarla, pero dentro de un marco jurídico claro, que le dé mayor difusión y aplicabilidad. Mientras lo anterior no suceda, el desarrollo conceptual de la inaplicación constitucional seguirá proviniendo de la jurisprudencia<sup>322</sup>

---

<sup>321</sup>“Finalmente, no sobra recordar que dentro del sistema Europeo Continental de control de constitucionalidad, precisamente debido a sus elementos concentrados dominantes, la regla general cuando una Corte Constitucional ejerce, no el control abstracto de normas, sino el control concreto de constitucionalidad, es que sus providencias también tienen efectos *erga omnes*. Esa es la regla general adoptada en los países europeos donde existe un control concreto de constitucionalidad independientemente de las características específicas de los diversos mecanismos para desencadenarlo. Hay dos excepciones, la belga y la portuguesa. Sin embargo, en estos dos países existen procedimientos para asegurar que los efectos del control concreto no sean exclusivamente *inter partes*.” Auto 071 de 2001, la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Sustanciador: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>322</sup> “Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como “repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más

### **Características de este tipo de control de constitucionalidad:**

- Es de naturaleza general: pues se encuentra a cargo de todos los servidores públicos y los particulares con el deber de aplicar una norma jurídica.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: este control de constitucionalidad recae sobre la norma inaplicada.
- Se trata de un control por vía de excepción pues va contra la regla general que es la presunción de constitucionalidad.
- Este control no es integral, porque se circunscribe a la inaplicación de la norma solo para el caso concreto y con efectos *inter partes*.
- Es un control posterior a la expedición de la norma.

---

personas entre sí". En el sentido jurídico que aquí busca relievase, 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. De lo cual se concluye que, en tales casos, 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 según las reglas expuestas. Fluye de lo anterior con toda claridad que 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 (artículo 4º C.N.)". Sentencia T-614 de 1992. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

- No es un control definitivo, pues tal y como se dijo antes, los efectos de la inaplicación son solo para caso en concreto y la norma inaplicada sigue vigente.

El siguiente cuadro muestra las diferencias más relevantes entre una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional y una excepción de inconstitucionalidad realizada por cualquier servidor público o por un particular con el deber de aplicar una norma jurídica.

	<b>ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>	<b>EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>
<b>Sustento normativo</b>	Artículos 40 Numeral 6°, 241, 242 y 379 de la Constitución Política de Colombia	Artículos 4° de Constitución Política de Colombia, 20 de la Ley 393 de 1997 y 148 de la Ley 1437 de 2011
<b>Autoridad que conoce</b>	Corte Constitucional	Cualquier servidor público y particulares con el deber de aplicar una norma jurídica.
<b>Normas frente a las que procede</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Actos reformativos de la Constitución</li> <li>- Leyes</li> <li>- Decretos con fuerza material de ley</li> <li>- Decretos de facultades extraordinarias dadas al</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Leyes</li> <li>- Actos administrativos</li> </ul>

	<b>ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>	<b>EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>
	<p>Gobierno Nacional por artículos transitorios de la Constitución</p> <p>- Decretos con fuerza de ley estatutaria por facultades dadas al Gobierno Nacional por un acto legislativo</p>	
<b>Sujeto activo</b>	El ciudadano	Cualquier persona que considere vulnerado o se le vaya a vulnerar un derecho por la aplicación de una norma que contradice la Constitución o el juez podrá inaplicar de oficio.
<b>Tipo de control de constitucionalidad</b>	<p>- Abstracto</p> <p>- Posterior a la publicación de la norma</p>	<p>- Concreto</p> <p>- Posterior a la entrada en vigencia de la norma</p>
<b>Efectos del control de constitucionalidad</b>	La norma declarada inexecutable sale del ordenamiento jurídico	Sus efectos son <i>inter partes</i> , la norma inaplicada sigue vigente solo que no tendrá efectos para el caso concreto

## 2.4.2.2 La acción de tutela

Desde 1969, con la suscripción del Pacto de San José o Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Estado colombiano se había comprometido con la creación de un mecanismo rápido y efectivo para la protección de los derechos humanos fundamentales.<sup>323</sup> Sin embargo, solo cumplió dicho compromiso con la creación de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.<sup>324</sup>

---

<sup>323</sup> “Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.” Convención Americana Sobre los Derechos Humanos. Pacto de San José.

<sup>324</sup> “ARTÍCULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El constituyente de 1991, estableció el Estado Social de Derecho, como forma de organización política y jurídica de Colombia, lo que su vez exigía la existencia de un elaborado sistema de control de constitucionalidad que asegurase la eficacia de los derechos humanos fundamentales. La Corte Constitucional, la institución de la tutela y el procedimiento de revisión eventual de los fallos judiciales que se profieran en aplicación de ella, por parte de esta Corporación, hacen parte de este sistema.

La acción de tutela, Consagrada en el artículo 86 de la Constitución y reglamentada por el decreto 2591 de 1991. Es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando, en el caso concreto de una persona, la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en esta última hipótesis en los casos que determine la ley, tales derechos resulten vulnerados o amenazados sin que exista otro medio de defensa judicial o, aun existiendo, si la tutela es usada como medio transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable.<sup>325</sup>

---

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.” Constitución Política de Colombia.

<sup>325</sup> “Puesto que ha sido probado que la accionante padece secuelas de poliomielitis que en principio la colocan en una situación de debilidad manifiesta por invalidez parcial, se concederá la tutela transitoriamente con el objeto de evitarle el perjuicio irremediable consistente en la pérdida del empleo, con las consecuencias que ella apareja para una persona de sus condiciones físicas y la consiguiente dificultad que, por eso mismo, se le presenta para establecer nuevos vínculos laborales.” Sentencia T -117 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Se trata, entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales.

La protección judicial consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. La acción de tutela puede interponerse ante cualquier juez o tribunal con jurisdicción en el lugar donde hubiere ocurrido la violación o amenaza del derecho fundamental. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

Dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo de primera instancia, la parte afectada puede impugnar la respectiva decisión. El juez de segunda instancia está obligado a resolver dentro de los veinte días siguientes al día de recibo de la respectiva acción.

Todas las sentencias de tutela de segunda instancia o aquellas de primera instancia que no fueron impugnadas, se envían a la Corte Constitucional para su revisión eventual.

La Corte procede, de manera libre, discrecional y autónoma, a seleccionar las sentencias que habrá de revisar y a regresar los restantes expedientes a los despachos de origen.<sup>326</sup>

Una vez seleccionado el correspondiente expediente, la Corte dispone de tres meses para producir el respectivo fallo. La Corte cuenta con amplias facultades para decretar y practicar pruebas. Adicionalmente, tiene la facultad de definir la doctrina constitucional.

### **Características de este tipo de control de constitucionalidad:**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de los jueces, aunque la Corte Constitucional tiene la última palabra.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: este control de constitucionalidad recae sobre la vulneración de uno o varios derechos fundamentales en un caso concreto.

---

<sup>326</sup> Sin embargo y en medio de un escándalo la Corte Constitucional expidió el acuerdo 01 del 30 de abril de 2015 que busca establecer criterios objetivos para el proceso de selección de las tutelas que serán falladas por el alto Tribunal en aras de la transparencia tan cuestionada en ese momento, ejemplo de lo anterior es el artículo 49A del citado acuerdo que dice: “Sin perjuicio del carácter discrecional de la selección de fallos de tutelas y ante la inexistencia constitucional de un 16 derecho subjetivo a que un determinado caso sea seleccionado, la Corte se guiará por los siguientes criterios orientadores: a) Criterios objetivos: unificación de jurisprudencia, asunto novedoso, necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial, exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional. b) Criterios subjetivos: urgencia de proteger un derecho fundamental o la necesidad de materializar un enfoque diferencial. c) Criterios complementarios: lucha contra la corrupción, examen de pronunciamientos de instancias internacionales judiciales o cuasi judiciales, tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional; preservación del interés general y grave afectación del patrimonio público. Estos criterios de selección, en todo caso, deben entenderse como meramente enunciativos y no taxativos. Parágrafo. En todos los casos, al aplicar los criterios de selección, deberá tenerse en cuenta la relevancia constitucional del asunto, particularmente tratándose de casos de contenido económico.”

- Se trata de un control por vía de acción pues le corresponde a aquel que considere que se le están vulnerando sus derechos humanos fundamentales acudir ante la autoridad judicial para solicitar su pronta protección.
- Este control no es integral, porque la orden de protección se circunscribe a al caso concreto y con efectos *inter partes*. En caso que la decisión de tutela se de la Corte Constitucional, este tribunal podrá modular su decisión con efectos *inter pares* o *inter comunis*.
- No es un control definitivo, pues tal y como se dijo antes, los efectos de la decisión de tutela con para el caso concreto. Con la excepción hecha en el párrafo anterior.

El siguiente cuadro muestra las diferencias más relevantes entre una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional y una acción de tutela.

	<b>ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>	<b>ACCIÓN DE TUTELA</b>
<b>Sustento normativo</b>	Artículos 40 Numeral 6°, 241, 242 y 379 de la Constitución Política de Colombia	Artículos 86 de Constitución Política de Colombia y los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000

	<b>ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>	<b>ACCIÓN DE TUTELA</b>
<b>Autoridad que conoce</b>	Corte Constitucional	Los jueces
<b>Normas frente a las que procede</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Actos reformatorios de la Constitución</li> <li>- Leyes</li> <li>- Decretos con fuerza material de ley</li> <li>- Decretos de facultades extraordinarias dadas al Gobierno Nacional por artículos transitorios de la Constitución</li> <li>- Decretos con fuerza de ley estatutaria por facultades dadas al Gobierno Nacional por un acto legislativo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No procede frente a normas generales, impersonales y abstractas, excepcionalmente se puede tutelar a una autoridad para que inaplique una norma jurídica</li> </ul>
<b>Sujeto activo</b>	El ciudadano	Cualquier persona
<b>Tipo de control de constitucionalidad</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Abstracto</li> <li>- Posterior a la publicación de la norma</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Concreto</li> <li>- Difuso</li> </ul>
<b>Efectos del control de constitucionalidad</b>	La norma declarada inexecutable sale del ordenamiento jurídico	La decisión judicial tiene efectos <i>inter partes</i> , en caso que la decisión se de la

	<b>ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD</b>	<b>ACCIÓN DE TUTELA</b>
		Corte Constitucional sus efectos pueden ser <i>inter pares</i> o <i>inter comunis</i>



## CAPÍTULO 3.

### LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

#### INTRODUCCIÓN

Pensar que la Constitución es la culpable de nuestras vicisitudes ha sido de arraigo en el devenir histórico colombiano. Un nuevo texto constitucional o una gran reforma han sido las soluciones simplistas a nuestros males, soluciones que ignoran la problemática de fondo: la injusticia social, la corrupción y el dogmatismo político.

Durante la historia constitucional colombiana a muchos se les ha encargado el control constitucional, unas veces al legislador, otras al poder ejecutivo o al judicial. Controles eclécticos, mixtos, como los vistos en el capítulo anterior, entre otros. Existe, no obstante, una institución en nuestro ordenamiento jurídico que vale la pena estudiar detenidamente y es la acción de inconstitucionalidad. Hernando Valencia Villa<sup>327</sup> al referirse a esta garantía constitucional dice que es probablemente la única contribución significativa del derecho colombiano al derecho occidental.

La acción de inconstitucionalidad, cuenta con algo más de 100 años de vigencia ininterrumpida en Colombia; sin embargo, la falta de definición por parte de la Constitución y el manejo dado por la Corte Constitucional han generado un problema de indeterminación de esta institución de control del poder público. El sustento normativo de la figura parte del artículo 40 N° 6

---

<sup>327</sup> VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla: Una Crítica al Constitucionalismo Colombiano*, Fondo Editorial CEREC, Segunda Edición, 1997. Pág. 46.

de la Constitución Política de 1991, al establecer que es un derecho del ciudadano participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para hacer efectivo este *derecho* le permite interponer acciones en defensa de la Constitución y de la ley. Nos encontramos entonces frente a un derecho, que según su ubicación en el texto constitucional, hace parte del capítulo de los derechos fundamentales y acorde con el artículo 85 de la Carta Magna es de aplicación inmediata. Son normas que reafirman la existencia de la acción de inconstitucionalidad los artículos 241, 242 y 379 C.P. Pero la Corte Constitucional, en diferentes fallos, ha calificado esta institución como un derecho político en sí mismo,<sup>328</sup> un mecanismo de protección de un derecho humano;<sup>329</sup> también como un mecanismo de participación ciudadana,<sup>330</sup> a pesar de que nuestra Constitución y la ley dicen cuáles son estos mecanismos.<sup>331</sup>

---

<sup>328</sup> “Son Titulares de la acción pública de inconstitucionalidad las personas naturales nacionales que gozan de la ciudadanía. No existe ninguna clase de ciudadanos que no goce de este derecho político para presentar las acciones de qué trata el artículo 241 de la Constitución, ni siquiera los magistrados encargados de resolver por vía judicial de dichos procesos, esto es, ni siquiera los magistrados de la Corte Constitucional. No puede presentarse una demanda de constitucionalidad en condición exclusiva de apoderado de una persona jurídica, porque lo que es de la esencia única de la persona natural no puede extenderse a la persona moral”. Sentencia C-03 de 1993, Corte Constitucional de Colombia. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Subrayado fuera de texto.

“La acción de inconstitucionalidad constituye un derecho político y ciudadano de aplicación inmediata y mediante ella la Corte Constitucional en su condición de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Fundamental decide, con fuerza erga omnes, si el contenido material de las disposiciones demandadas se ajustan o no a la Lex Superior.” Sentencia C- 708 de 2002, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Subrayado fuera de texto.

<sup>329</sup> El primer derecho de todo nacional es el que tiene a la vigencia efectiva y cierta de la Constitución Política. Y el mecanismo del control de constitucionalidad, que en Colombia tiene una de sus expresiones en los procesos que ante esta Corte se surten a partir del ejercicio de la acción pública, busca hacer efectiva la supra legalidad de la Constitución y posibilita el libre ejercicio de ese derecho ciudadano”. Sentencia C- 536 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>330</sup> “Reiterando la jurisprudencia de este Tribunal, la acción de inconstitucionalidad es un mecanismo de participación ciudadana, con el cual se desarrolla el principio previsto en

¿Qué es la acción de inconstitucionalidad en Colombia? ¿Es un derecho humano? ¿Un mecanismo de protección de un derecho humano? o ¿Un mecanismo de participación ciudadana? Es ahí donde radica la razón de ser del presente trabajo, pues las conclusiones del mismo servirán para explicar si es constitucionalmente aceptable que se le impida a algunas personas instaurar este tipo de acciones (menores de edad, extranjeros, personas jurídicas, condenados por sentencia judicial, entre otros) y si la Corte Constitucional puede establecer rígidos requisitos de procedibilidad para este tipo de acción<sup>332</sup>, como efectivamente se ha venido haciendo en Colombia, especialmente a partir de 2001<sup>333</sup>, sin afectar el principio democrático.<sup>334</sup>

---

los artículos 1º, 2º y 3º de la Constitución, de ser Colombia un Estado social de derecho democrático y participativo. Dicha acción está destinada a provocar que la Corte constitucional, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, tras el adelanto de un proceso, produzca una sentencia con efectos de cosa juzgada sobre un cierto problema jurídico planteado por el actor, relacionado con disposiciones creadas en general aunque no exclusivamente por el Congreso de la República, obrando como constituyente derivado o como órgano representativo legislativo. Es, en este orden, un instrumento que combina el ejercicio de los derechos políticos (artículo 40 CP), con las prerrogativas entregadas al ciudadano para controlar el poder desplegado por el legislador a través de la creación de normas jurídicas.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 128 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao.

<sup>331</sup> Artículo 103, Constitución Política de Colombia y leyes 134 de 1994 y 1755 de 2015 ambas de los mecanismos de participación ciudadana.

<sup>332</sup> “Cuando la Constitución autoriza a los tribunales o a otros magistrados a declarar inconstitucionales las normas que deben ser aplicadas por ellos; más aún, cuando introduce una *actio popularis* con el fin de eliminar de raíz actos inconstitucionales, en todo esto no se establecen “derechos subjetivos” en el sentido de una tendencia anti estatal o de una orientación contra el derecho objetivo; es decir en el sentido iusnaturalista de derechos innatos, independientes del orden objetivo jurídico y político, y que han de ser respetados por ese orden.” Texto tomado de: LOMBARDI. Giorgio. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus .Quién debe ser el defensor de la Constitución?, pág. 337. Madrid, Ed. Tecnos. Clásicos del Pensamiento. 2009.

<sup>333</sup> “El segundo elemento de toda demanda de inconstitucionalidad es el concepto de la violación, que supone la exposición de las razones por las cuales el actor considera que el contenido de una norma constitucional resulta vulnerado por las disposiciones que son objeto de la demanda. En este orden de ideas, al ciudadano le corresponderá (i.) hacer “el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas”, pues “si

### 3.1 Referentes históricos de la acción de inconstitucionalidad en Colombia: la legitimación activa

La acción de inconstitucionalidad que hoy tenemos en Colombia data de 1910; sin embargo, la posibilidad de que un ciudadano pudiese acudir ante una autoridad para demandar una norma, por ser contraria a la Constitución, no ha sido ajena a la historia constitucional del país, incluso en fechas anteriores a la ya mencionada.<sup>335</sup>

---

bien cada ciudadano es libre de escoger la estrategia que considere conveniente para demostrar la inconstitucionalidad de un precepto (siempre y cuando respete los parámetros fijados por la Corte), considera la Corte que... el [particular] tiene el deber de concretar el o los cargos contra las disposiciones acusadas, lo que implica realizar un esfuerzo por identificar de manera relativamente clara las normas constitucionales violadas". Este señalamiento supone, además, (ii.) la exposición del contenido normativo de las disposiciones constitucionales que riñe con las normas demandadas, es decir, manifestar qué elementos materiales del texto constitucional son relevantes y resultan vulnerados por las disposiciones legales que se impugnan. No basta, pues, con que el demandante se limite a transcribir la norma constitucional o a recordar su contenido. Finalmente, (iii.) tendrán que presentarse las razones por las cuales los textos normativos demandados violan la Constitución. La efectividad del derecho político depende, como lo ha dicho esta Corporación, de que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. De lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose, circunstancia que frustra "la expectativa legítima de los demandantes de recibir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional" Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>334</sup> "Antes de pasar el próximo componente, es importante hacer una aclaración relacionada con "quien" puede acceder a la Corte o Tribunal. La gran mayoría de los autores considera importante, en ese sentido, evaluar el grado de "inclusión" de las vías de acceso a la justicia constitucional. De acuerdo con este enfoque, las denominadas acciones "populares" de inconstitucionalidad se presentarían como más democráticas que las acciones orgánicas. Cabría todavía ir más allá, para distinguir grados de "inclusividad" en la legitimación. Así, por ejemplo, cabe imaginar que las acciones populares que no exigen ninguna formalidad para su planteamiento (así, Colombia) son más inclusivas –y en ese sentido más democráticas– que las acciones populares que exigen el patrocinio de tres abogados (así, Guatemala)" LINARES. Sebastián. La (I)l egitimidad Democrática del Control Judicial de las Leyes. Pág. 288. Ed: Marcial Pons. Madrid. 2008.

<sup>335</sup> Para un estudio más detallado de la historia y evolución de la acción de inconstitucionalidad en Colombia ver: MENDIETA GONZÁLEZ, David. La acción pública

La necesidad del control de constitucionalidad de las leyes y demás normas con fuerza material de ley surge en Colombia con la idea misma de Constitución. Ya el texto constitucional de Cundinamarca de 1811, para muchos la primera Constitución de la América hispánica<sup>336</sup>, permitía a cualquier ciudadano hacer uso de una institución que algunos tratadistas, como Carlos Restrepo Piedrahita han llamado “acción popular”.<sup>337</sup>

La Constitución del Estado de Cartagena de Indias, del 14 de junio de 1812, también les reconoció a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la ley, pero únicamente durante su trámite<sup>338</sup>. La segunda Constitución de Cundinamarca de 1812, en su artículo 62, Título IV, permitía a cualquier ciudadano elevar su queja ante el Senado conservador (quienes eran los encargados de velar por la Constitución) en caso de que alguno de los tres poderes o alguno de sus miembros, quebrantara notoriamente algún artículo constitucional.

---

de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia. En: *Vniversitas*. N° 120. Pontificia Universidad Javeriana. Enero-junio 2010. p. 61 y ss.

<sup>336</sup> UPRIMNY, Leopoldo. “Verfassungsgerichtsbarkeit in Kolumbien”. Estudio presentado en el coloquio internacional convocado por el instituto Max Planck para derecho y derecho internacional de extranjeros, incluido en el volumen colectivo *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Heidelberg, 1962, Heymanns Verlag KG, Köln- Berlín. Dice Uprimny: “La Constitución del “Estado” de Cundinamarca fue la primera constitución de la antigua América española.”

<sup>337</sup> “Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución” (Art. 9 del título I). RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1978. Pág. 17.

<sup>338</sup> “Serán admitidas y tenidas en consideración, según su mérito, las observaciones o reparos que cualquier ciudadano quiera presentar por escrito al proyecto de ley antes de votarse, como sean sencillas, concisas y oportunas, y en ellas se guarde la moderación, decoro y respeto debidos.” Título VII, artículo 1°, numeral 16, Constitución del Estado de Cartagena de indias de 1812.

Los siguientes ejemplos de instituciones con las características de la acción de inconstitucionalidad los encontramos en la ley 3ª de 1850<sup>339</sup> — que le permitía a los ciudadanos cuestionar ordenanzas y acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales— y en la Constitución de 1853, que en su artículo 42, Numeral 6º, al referirse a las competencias de la Corte Suprema de Justicia, establecía la obligación de esta corporación de decidir sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en caso de ser contrarias a la Constitución o a las leyes de la República.<sup>340</sup> En este mismo año, en la provincia de Santander, fue expedida una Constitución que —en su artículo 55— establecía la posibilidad de que cualquier habitante de la provincia, funcionario público o interesado, pudiera pedir la anulación de las ordenanzas provinciales y de los acuerdos de los cabildos por contradecir los preceptos constitucionales.<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> “Cuando las objeciones hayan versado sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad del proyecto, después de puesta la sanción en el caso del artículo anterior, el funcionario respectivo tiene el deber de pedir inmediatamente la anulación de la ordenanza ante la corte suprema de justicia, y la del acuerdo ante el tribunal del distrito, previo informe del personero provincial o parroquial, en su caso, y sin que por esto se suspenda la ejecución de tales actos.

PARÁGRAFO ÚNICO. Esta disposición no excluye el derecho que tiene todo ciudadano para pedir la anulación, cuando ella no ha sido propuesta por el funcionario a quien corresponde” Artículo 23 de la ley 3ª de 1850. Congreso de la Nueva Granada.

<sup>340</sup> “La Suprema Corte de la Nación se compone de tres Magistrados elegidos popularmente en propiedad y por el término de cuatro años, y nombrados en las faltas temporales por el Poder Ejecutivo. Corresponde a la Suprema Corte de la Nación: (...) 6. Resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República.” Constitución de la Republica de la Nueva Granada. Artículo 42, numeral 6º.

<sup>341</sup> “Cualquier funcionario o habitante de la provincia, o interesado de fuera de ella, tiene derecho de pedir ante el respectivo tribunal de distrito la anulación de todas o de parte de las ordenanzas provinciales, por ser opuestas a esta Constitución, i de los acuerdos de los cabildos, cuando sean opuestos a la Constitución o las leyes de la República, o la Constitución u ordenanzas provinciales” Constitución de la Provincia de Santander de 1853, artículo 55.

La Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, en el artículo 72,<sup>342</sup> previó la posibilidad —a petición de cualquier ciudadano o del procurador general— de suspensión y anulación de actos de los estados federados por ser contrarios a ella; correspondía a la Corte Suprema Federal suspender el acto e informar al Senado para que este determinara su anulación o no.<sup>343</sup>

La Constitución regeneracionista de 1886 no estableció la acción de inconstitucionalidad y dejó el control de constitucionalidad en manos de la Corte Suprema de Justicia, pero solo a petición presidencial y por vía de objeción de un proyecto de ley, como ya se expresó en el presente trabajo, lo que significaba que no existía un control de constitucionalidad posterior a las leyes. Esto era herencia de la creencia francesa de la bondad y perfección de la ley, por ser emanación directa del legislador, quien a su vez representaba los intereses del pueblo.

Durante esta época se dieron fuertes enfrentamientos entre los defensores de la supremacía de la Constitución y quienes avalaban la perfección de la ley. Muestra de esto es la expedición en 1887 de dos leyes opuestas: la 57,<sup>344</sup> que reforzó la idea de supremacía constitucional y la 153,<sup>345</sup> que

---

<sup>342</sup> “Corresponde a la Corte Suprema suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador general o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”. Constitución de los Estados Unidos de Colombia, 1863. artículo 72.

<sup>343</sup> GÓMEZ SERRANO. Laureano. El Control de Constitucional en Colombia: Evolución Histórica. Ediciones Doctrina y Ley, 2007. pág. 105.

<sup>344</sup> “Artículo 5°.- Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”. Ley 57 de 1887.

expresamente consagró la supremacía de la ley sobre la Constitución. Basándose en esta última ley, la misma Corte Suprema declaró su falta de competencia en la revisión de la constitucionalidad de leyes.<sup>346</sup> La supremacía de la Constitución daba paso a la primacía de la ley.

Sin embargo, muchos reclamaban regresar a la supremacía constitucional. Es el caso de Felipe Paúl, quien era uno de los juristas más influyentes del país, había participado en el Consejo Nacional Constituyente de 1885 y en su momento manifestó la necesidad de proteger al individuo de los poderes legislativo y ejecutivo.<sup>347</sup>

Juan C. Arbeláez, en calidad de representante a la Cámara, presentó ante esta corporación, en 1894, un proyecto de ley que establecía un control de

---

<sup>345</sup> “Artículo 6°.- Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución”. Ley 153 de 1887. Este artículo fue derogado por el acto legislativo 03 de 1910.

<sup>346</sup> “La Corte no puede acogerse a este argumento, y se funda para ello en que al Poder Judicial no le está atribuida la interpretación general y auténtica de la Constitución o de las leyes sustantivas, ni le es permitido dejar de observar estas porque las juzgue contrarias a la Constitución”.

“No está establecido en la República ningún tribunal o autoridad que tenga la facultad de declarar que una ley deja de ser obligatoria por ser contraria a un precepto constitucional”.

“Al contrario, el artículo 6° de la Ley 153 antes mencionado, dice que una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución, se reputa constitucional y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución...”. Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, número 155, año III, septiembre 28 de 1889, p. 403.

<sup>347</sup> “Pues bien, con el transcurso del tiempo... se pensará en reformar la Constitución en el sentido de establecer un alto tribunal que decida de los casos de inconstitucionalidad de una ley, cuando ella no haya sido objetada por el gobierno, y entonces se atribuirá a la Corte Suprema, como sucede en los Estados Unidos de Norteamérica, la delicada función de amparar al individuo contra los poderes Legislativo y Ejecutivo... los que estamos viejos, fatigados, no veremos esto, pero de esta reforma disfrutarán nuestros hijos”. Anales de la Cámara de Representantes, N° 6, del 13 de agosto de 1894.

constitucionalidad de las leyes compartido entre la Corte Suprema de Justicia —con carácter suspensivo— y el Congreso de la República —con carácter definitivo—, legitimando a todo colombiano varón, mayor de edad y a las personas jurídicas para instaurar la acción,<sup>348</sup> pero el proyecto no fue aprobado, pues para la época la supremacía de la Constitución era meramente formal, en ese entonces la ley oficiaba como la gran fuente del derecho<sup>349</sup>.

En la ciudad de Medellín, en 1904, una reunión bipartidista llamada Junta de Conciliación de Antioquia, buscó restablecer la unidad de los colombianos luego de las guerras civiles de 1895, la de los mil días (1899-1902) y la separación de Panamá. Esta junta propuso, sin éxito, organizar los poderes públicos para asegurar su independencia y hacer de la Corte Suprema de Justicia juez de constitucionalidad de las leyes, a petición del Ministerio Público o de cualquier ciudadano.<sup>350</sup>

---

<sup>348</sup> “Artículo 1.- Los colombianos varones y mayores de edad y las personas jurídicas pueden denunciar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes nacionales que estimen inconstitucionales.

La denuncia se hará por escrito y se expresarán en él las razones por las que se estima que la ley denunciada es inconstitucional.”

“Artículo 6°.- La Corte resolverá sobre la inconstitucionalidad de la ley denunciada, dentro de los 20 días después de la audiencia.

Si declara que la ley es inconstitucional, se suspenderá su cumplimiento. De la resolución de la Corte se dará cuenta a la siguiente Legislatura en que el personal de la Cámara de Representantes se haya renovado; y si el Congreso declarase, en un solo debate en cada Cámara, que considera constitucional la ley, esta se observará.” Anales de la Cámara de Representantes, N° 17, del 25 de agosto de 1894. p. 132.

<sup>349</sup> Nótese que aún estaba vigente el artículo 6° de la ley 153 de 1887 que solo fue derogado mediante el artículo 40 del acto legislativo 3° de 1910.

<sup>350</sup> “Organizar los poderes públicos, guardando la independencia y separación recíproca entre ellos; y hacer a la Corte Suprema de Justicia árbitro e intérprete de la inteligencia y constitucionalidad de las leyes a pedimento del ministerio público o de los ciudadanos”. RESTREPO, Carlos E. Texto de Orientación Republicana. Tomo I. s.f. p. 176.

Frente a los abusos que venía cometiendo el ejecutivo, a través del estado de sitio,<sup>351</sup> el Congreso de la República había aprobado la ley 2ª de 1904 que establecía el control de constitucionalidad de los decretos legislativos, a petición de cualquier ciudadano y previa audiencia del Procurador General de la Nación,<sup>352</sup> pero la vigencia de dicha acción popular fue efímera, pues fue derogada tan solo un año después mediante la ley 8ª de 1905. El país estaba ya en presencia de su primer dictador militar del siglo XX, Rafael Reyes, quien llevó con mano fuerte las riendas del país entre 1904 y 1909.

En 1910 se realizó una de las reformas constitucionales más importantes en la historia de Colombia; ello gracias a un movimiento político denominado Unión Republicana, liderado por Carlos E. Restrepo que buscaba sacar al país de la lucha bipartidista e implementar una Constitución verdaderamente nacional e incluyente y no el trofeo de guerra de un bando victorioso como había sucedido con la Constitución de 1863 y el triunfo del radicalismo liberal, o la de 1886 y la llegada al poder de la regeneración conservadora; lo que sucedía, precisamente, en una época en la que se celebraba el centenario de nuestra independencia.

---

<sup>351</sup> Cuando el Congreso de la República decide objetar su política fiscal, Reyes decide cerrar el Congreso, apresa y destierra a algunos de sus opositores y decreta turbado el orden público mediante el decreto del 29 de diciembre de 1904. GÓMEZ SERRANO. Laureano. *El Control de Constitucional en Colombia: Evolución Histórica*, Ediciones Doctrina y Ley, 2007. pág. 139.

<sup>352</sup> “Artículo 2º.- La Corte Suprema de Justicia a solicitud de cualquier ciudadano, y previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidirá definitivamente, en sala de acuerdo sobre la validez o nulidad de los decretos legislativos, de conformidad con el artículo anterior y con los dispuesto en la Constitución Nacional en la materia”. Ley 2ª de 1904.

Con la expedición del Acto Legislativo número 3 del 31 de octubre de 1910, se buscó sacar al país del autoritarismo de la Constitución de 1886, que junto con el legislador de entonces, habían facilitado la implantación de un gobierno dictatorial, el llamado “Quinquenio de Reyes”. Rafael Reyes es elegido presidente y toma posesión el 7 de agosto de 1904 y durante 5 años gobernará a Colombia con una mezcla de autoritarismo propio de un militar y las limitaciones de país atrasado. Reyes abandona la presidencia el 7 de junio de 1909 después de haberse salvado de un atentado y no resistir la presión social en contra de su mandato<sup>353</sup>. Es importante resaltar cómo los abusos de una dictadura nos regresaron a la senda del constitucionalismo.

La reforma constitucional de 1910 es de suma importancia, no solo en Colombia sino también en el ámbito mundial, pues establece la posibilidad de que un Tribunal expulse del ordenamiento jurídico —por petición ciudadana— una ley o un decreto del gobierno por ser contrarios a la Constitución. Es decir, ya para 1910, la Corte Suprema de Justicia de

---

<sup>353</sup> “Sometido el poder Legislativo extraordinario a la voluntad omnímoda del ejecutivo, sin mayores sobresaltos transcurrió el primer quinquenio de la administración de Reyes, signada por la mezcla de su recia personalidad militar con los rasgos de un hombre de negocios, de inteligencia no ilustrada pero con una brillante intuición realista, que desarrollaba su designio dictatorial de manera desembozada, sin ambages cosméticos, hasta cuando se le ocurrió convocar la Asamblea Nacional de manera extraordinaria para someter a su consideración el tratado que el ejecutivo había suscrito con el gobierno Norteamericano para legitimar la segregación de Panamá; el convenio rechazado por la opinión pública genera una ola anti-imperialista y el repudio al gobierno de Reyes, quien es víctima de un atentado junto con su hija, del que salen ilesos; sus autores serán los últimos sentenciados a pena de muerte por el poder judicial.

Profundamente decepcionado, Reyes abandona el poder el 7 de junio de 1909 y encarga de la Presidencia al general Jorge Holguín, cargo para el cual se elige por el Congreso el 20 de julio al general Ramón González Valencia, quien convoca una Asamblea Constituyente y reduce la fuerza pública al licenciar a diez mil efectivos del ejército.” Gómez S. Laureano. *El control Constitucional en Colombia*. Segunda Edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2007. Pág. 141.

Colombia, obraba como *legislador negativo*, 10 años antes de que se creara el Tribunal Constitucional austriaco y 19 años antes de que Kelsen expusiera su teoría sobre el tema.<sup>354</sup>

Continuando con la evolución histórica de la institución de la acción de inconstitucionalidad en Colombia, en 1941 se expidió la ley 167 o Código Contencioso Administrativo, que en su artículo 62<sup>355</sup> intentó dividir el control de constitucionalidad de las normas entre la Corte Suprema de Justicia y la jurisdicción contencioso administrativa; sin embargo, este artículo fue declarado inexecutable por la misma Corte mediante sentencia del 7 de julio de 1942.<sup>356</sup>

En este sentido, una nueva reforma se expidió en 1945 mediante el acto legislativo N° 1. Esta reforma repartió competencia en materia de control

---

<sup>354</sup> Para Kelsen, cuando un tribunal está facultado para declarar la invalidez de una ley, invade la esfera competencial del legislador, pero no creando la ley lo que sería “legislar de manera positiva” sino sacándola del ordenamiento jurídico “legislar de manera negativa”. KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? 3ª edición. Madrid: Tecnos, 1993. p. 37.

<sup>355</sup> “Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores Capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.” Artículo 62, ley 167 de 1941.

<sup>356</sup> El decreto del Gobierno Nacional 970 de 1942, transfirió la fecha de la reunión de las asambleas departamentales y este fue demandado ante el Consejo de Estado conforme a lo establecido en el artículo 62 de la ley 167 de 1941, creyéndose competente para conocer de la constitucionalidad de la norma en cuestión la Corte Suprema de Justicia decidió declarar la inexecutable del artículo 62 de la ley 167 de 1941, privando al Consejo de Estado de cualquier competencia sobre la norma en cuestión. Dice Restrepo Piedrahita que esta es tal vez “la acaso más resonante y delicada controversia de las que en materia de competencia y de interpretación constitucional han tenido lugar entre las dos elevadas corporaciones de administración de justicia.” RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. Óp. Cit. p. 59.

de constitucionalidad, otorgándole a la Corte Suprema de Justicia el control de los actos reformativos de la Constitución, de las leyes, de los decretos del ejecutivo con fuerza de ley y de los proyectos de ley objetados por el Presidente por inconstitucionales e insistidos por el Congreso de la República; y a la jurisdicción contencioso administrativa le correspondió: los decretos que no fueran competencia de la Corte Suprema, las ordenanzas departamentales, acuerdos municipales y resoluciones de los entes administrativos.<sup>357</sup>

Con lo anterior, no solo se estableció la acción de inconstitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, las leyes y normas con fuerza de ley, sino que dicha acción se amplió a todas las normas jurídicas con rango infra legal, pero en estos casos se denominó acción de nulidad por inconstitucionalidad.

En 1953, el gobernante partido conservador, amparado por el estado de sitio (estado de excepción establecido en la Constitución de 1886), quiso recuperar el orden público exaltado luego del bogotazo y buscó reformar la

---

<sup>357</sup> “Artículo nuevo. Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso - administrativo 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 69 y el artículo 117 de esta Constitución.” Artículo 41, acto legislativo 1 de 1945.

“El artículo 147 de la Constitución quedará así: A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrán las siguientes:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados 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 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.” Artículo 53, acto legislativo 1 de 1945.

Constitución; para ello convocó una comisión de estudiosos constitucionales que, posteriormente, excluyó a los liberales.<sup>358</sup> Esta comisión propuso una reforma constitucional en la que se pretendía suprimir el control de constitucionalidad de las leyes y decretos del gobierno con fuerza de ley, aduciendo que el control de constitucionalidad de las leyes, por parte de la Corte Suprema de Justicia, era una forma de desnaturalizar la justicia y politizarla.<sup>359</sup>

La acción colombiana de inconstitucionalidad fue novedosa cuando fue creada en 1910 pero 40 años después, pocos resultados había dado, por lo que se le criticaba su lentitud; la Corte Suprema de Justicia tardaba años en pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley o norma con fuerza de ley, muchas veces el fallo fue inhibitorio, pues a la hora de fallar la norma ya había sido derogada tiempo atrás. Sobre este asunto en particular, Carlos Restrepo Piedrahita hizo un análisis que nos permite observar cómo esta forma de control normativo se convirtió en Colombia, a mediados del siglo XX, en una institución inerte y de mínimos alcances.<sup>360</sup>

---

<sup>358</sup> Algunos de los ideólogos de la Comisión de Estudios Constitucionales CEC, creada el 31 de 1952 y que terminó funciones el 10 de febrero de 1953, fueron: Laureano Gómez, Jorge Leyva, Félix Restrepo y Luis Ignacio Andrade.

<sup>359</sup> “Eliminamos de la Jurisdicción de la Corte Suprema la guarda de la Constitución porque la experiencia ha demostrado que las contiendas sobre temas constitucionales provocadas en el más alto tribunal, llevan consigo la pasión política partidaria y justamente es propósito fundamental de ésta reformar y liberar la administración de justicia de todo cuanto pueda desnaturalizarla, entorpecerla y desviarla”. Comisión de Estudios Constitucionales. Proyecto de Reforma; Estudios constitucionales, Bogotá, 1953. tomo II. p. 403 y ss.

<sup>360</sup> “No obstante la trascendencia teórica que representa el establecimiento de un instituto de jurisdicción constitucional tan amplio como el de 1910, del cual debería esperarse progresos muy significativos para el desarrollo del régimen jurídico colombiano y de la ciencia jurídica –sentimiento del derecho, *Rechtsgefühl*- del pueblo, tales expectativas no se satisficieron en forma apreciable. La acción popular fue –y sigue siendo- apenas saltuariamente utilizada por los ciudadanos y la Corte Suprema se comportaba displicentemente morosa para decidir las demandas de inexecuibilidad. Tal situación

Llega entonces otra gran reforma constitucional, en 1968, que fortalece aún más nuestro sistema presidencialista; ella fue liderada por el segundo presidente liberal del Frente Nacional, Carlos Lleras Restrepo. En dicha reforma se creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia — compuesta por cuatro magistrados especialistas en derecho público— encargada de proyectar los fallos de los juicios de constitucionalidad, a sus miembros se les impusieron términos perentorios para hacerlo, so pena de incurrir en “causal de mala conducta”.<sup>361</sup>

---

anómala dio lugar a que el dictador Rojas Pinilla, con propósitos hipócritas, pero respaldado por evidencias, públicamente le increpara a la Corte su falta de diligencia. En carta a juristas de Medellín, con fecha del 4 de septiembre de 1956, decía “Es posible que muchos de ustedes ignoren que en la honorable Corte Suprema de Justicia cursan actualmente 35 demandas de inexecuibilidad y que hay asuntos de esta índole que hace diez años esperan su solución definitiva. Con razón se promovió el año pasado un movimiento de opinión pública, dirigido por los órganos de prensa y por notables ciudadanos, entre los cuales se contaban muchos de ustedes, encaminado a pedirle a la Corte que no postergara más su pronunciamiento sobre las demandas de inconstitucionalidad que tenía pendientes” (Gaceta Judicial, Nos. 2171- 2172- 2173, tomo LXXXIII, p.421, 422). Catorce años duró en la Corte una demanda que instauró el doctor Luis E. Nieto Arteta contra los decretos 1381 y 1382 de 1940 (V. Gaceta Judicial, No. 2150, tomo LXXIX, p.412 y 413). Tres años la instaurada contra la ley 56 de 1921 (Gaceta Judicial, tomo LXXXVII, p. 8 y ss.) otras demoraron cuatro años”. RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. Óp. Cit. p. 65. Téngase en cuenta que la obra fue escrita por el autor en 1977.

<sup>361</sup> “El Artículo 214 de la Constitución Nacional quedará así:

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

1a. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación;

2a. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los Artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexecuibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los Artículos 121 y 123, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.

Además, se sustrajeron, de la acción de inconstitucionalidad, los decretos de estado de sitio; ellos pasaron a tener control automático por parte de la Corte Suprema de Justicia. Se amplió el control de constitucionalidad de la ley por vicios en el procedimiento de su creación, competencia que hasta entonces la misma Corte había evitado asumir.

No fue el único tema en el que se auto-limitó el juez de constitucionalidad de las leyes en Colombia; por ejemplo, durante años fue reiterativa su posición de falta de competencia a la hora de conocer de la constitucionalidad de las leyes que ratificaban tratados internacionales, con el argumento de que este era un tema de competencia exclusiva del ejecutivo.<sup>362</sup>

La Corte Suprema de Justicia, en calidad de garante de la Constitución, mantuvo la tesis de que cualquier ciudadano estaba legitimado para instaurar acciones de inconstitucionalidad, excepto los magistrados de la propia Corte,<sup>363</sup> pues eran ellos quienes decidían acerca de la constitucionalidad de la norma, con lo que se buscaba evitar que los magistrados fuesen juez y parte.

---

La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional compuesta de Magistrados especialistas en Derecho Público.

El Procurador General de la Nación y la Sala Constitucional dispondrán, cada uno, de un término de treinta días para rendir concepto y ponencia, y la Corte Suprema de Justicia de sesenta días para decidir. El incumplimiento de los términos es causal de mala conducta que será sancionada conforme a la ley.” Artículo 71, acto legislativo 1 de 1968. (subrayado fuera de texto).

<sup>362</sup> “Sin que poder alguno diferente pueda variar esa situación mediante determinaciones que implicarían su rompimiento unilateral. Ello excluye, entonces, toda posibilidad de juzgar la constitucionalidad de los tratados y, en consecuencia, de las leyes que los aprueban...” Vid. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Corte Suprema de Justicia, sentencia de julio 6 de 1985. Citado por GÓMEZ SERRANO, Laureano. Óp. cit. p. 167.

<sup>363</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de noviembre 19 de 1969. Gaceta CXXXVII. N° 2338.

La misma Corte se convirtió en un obstáculo para el uso efectivo de la acción de inconstitucionalidad, pues le exigía al accionante una serie de requisitos que ni la Constitución ni la ley pedían,<sup>364</sup> pero que, avalados por vía jurisprudencial, fueron convirtiendo esta institución en tema de expertos jurisconsultos y la alejaron de su verdadera vocación: permitirle al ciudadano hacer control político efectivo a los actos del legislador y del ejecutivo.<sup>365</sup>

La ineptitud de la demanda por no haber demandado varias normas, por no precisar las razones de la violación de la Constitución o por hacerlo de manera vaga, le quitó alcance a la acción. Sobre el tema existe reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.<sup>366</sup>

---

<sup>364</sup> Se le exigió al demandante formular e integrar la totalidad de la proposición jurídica demandada, lo que obligaba al actor so pena de fallo inhibitorio a citar y transcribir todas las normas que para la Corte estaban conectadas y que juntas eran una sola proposición normativa, además el demandante debía precisar las razones que inducían a la violación del texto constitucional. Lo anterior es explicado por: GOMEZ SERRANO, Laureano. *Óp. cit.* p. 169.

<sup>365</sup> Como guarda de la “integridad de la Constitución, la Corte debió asumir su magisterio hermenéutico, en procura de comprender y hacer comprensible su texto, pero, dado el carácter bipartidista excluyente de su composición y la desviación formalista de sus integrantes, pronto olvidó su tarea programática de ser supremo tribunal para la protección de las garantías ciudadanas, de muro de contención frente a los abusos del poder y protectora de minorías contra la omnipotencia de las mayorías, para caer en un camino meramente ritualista que evidentemente enervaba sus propias facultades y competencias, que proclamaba una defensa teórica de la Carta, pero ella misma omitía en la práctica.” GÓMEZ SERRANO, Laureano. *Óp. Cit.* p. 166. Para un estudio detallado de la evolución del control de constitucionalidad en Colombia y el papel de la Corte Suprema de Justicia como garante de la Constitución, puede leerse al autor de la referencia y a RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Óp. cit.*

<sup>366</sup> “Tal es el caso del libelo que se examina, en el que aparece acusada solamente una (norma), la cual con el inciso primero (de otra norma no acusada), configura una proposición jurídica completa formada por la regla punitiva y su excepción, estrechamente unidas, y tanto, que esta conexión resultaría rota de la causa si la Corte procediera a dar un fallo de fondo. Existe pues ineptitud de la demanda de tal naturaleza, que impide resolver el asunto sometido a estudio. Por este motivo el fallo será de

Primero, la mora de la Corte para expedir sus fallos de constitucionalidad; luego, los requisitos procesales por ella impuestos en el trámite de declaratoria de inconstitucionalidad, alejaron a la figura de la acción de inconstitucionalidad de su razón de ser: el ciudadano.<sup>367</sup>

Durante décadas, la Corte Suprema de Justicia no ejerció a cabalidad su función de evitar el abuso del poder mediante el control de constitucionalidad, por el contrario fue cómplice, por omisión, de extralimitaciones del poder estatal. La Constitución de 1886 perdió cualquier protagonismo, pues su guardián se había negado a defenderla.

---

carácter inhibitorio". Vid. GACETA JUDICIAL, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de agosto de 1970.

"...indudablemente si se trata de la existencia de una relación de conexidad con la norma acusada, respecto de otras no mentadas en la demanda, saltaría a los ojos el carácter incompleto de la citada proposición; lo mismo en aquellos casos en que la norma demandada, por constituir solamente un aspecto parcial o incompleto de un todo normativo, de un mandato integral del legislador, impide por ello que pueda captarse plenamente su sentido". Vid. GACETA JUDICIAL, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 4 de marzo de 1981. Otros ejemplos de fallos inhibitorios por inepta demanda pueden verse en: GACETA JUDICIAL, Corte Suprema de Justicia, sentencia de febrero 9 de 1960 y mayo 15 de 1970.

<sup>367</sup> "Es indudable que en el curso del siglo XX en Colombia se había estructurado formalmente un sistema pleno de control constitucional, encomendado al poder judicial, a través de su más alta corporación, lo que debía garantizar su ejercicio con total autonomía en procura de garantizar los derechos fundamentales a todos los ciudadanos. Sin embargo, los vínculos reales de la judicatura con los detentadores del poder le ligaban más con los tentáculos autoritarios que preconizaban por las vías del estado de excepción que con las vertientes del pensamiento democrático, que observaban cómo ella eludía su función fundamental en los estados contemporáneos para enfrascarse en las disputas intestinas por el control de los privilegios, encubriendo su oscilante posición con el ropaje esotérico de las más solemnes jurisprudencias". GÓMEZ SERRANO, Laureano. *El Control de Constitucionalidad en Colombia: Evolución Histórica*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda., 2007. p. 177 y 178.

### 3.2 La acción de inconstitucionalidad y la Constitución de 1991

El constituyente colombiano de 1991 retomó la acción de inconstitucionalidad propuesta en 1910 y la incorporó en nuestro texto constitucional, las normas que la sustentan se encuentran en los artículos 40 N° 6, 241, 242 y 379 de la Constitución Política, en ella se define como: el derecho que tiene el ciudadano de acudir ante la Corte Constitucional para pedirle al alto tribunal, acorde con su competencia, que determine la constitucionalidad o no de una norma y en caso de que esta sea declarada inexecutable, entonces sea expulsada del ordenamiento jurídico, sin que necesariamente exista un interés de parte o la aplicación de la norma a un caso concreto, con lo que se establece un control de constitucionalidad abstracto y concentrado. Se convierte así, en uno de los mecanismos para hacer efectiva la integridad y supremacía de la Constitución,<sup>368</sup> pero que no

---

<sup>368</sup> “El control constitucional surge entonces, como una garantía básica dentro del Estado de derecho con el fin de hacer efectivo el principio de integridad y supremacía de la Constitución.

La Carta política consagra, en forma expresa, el derecho que tiene todo ciudadano de interponer acciones en defensa de la Constitución y de la ley (art. 40-6), como una derivación del derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político y señala los distintos instrumentos o acciones que se pueden ejercitar contra los actos jurídicos que atenten contra sus preceptos y principios, a saber: la acción de inconstitucionalidad (arts. 241 y ss C.P), la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art. 237-2 C.P.) la acción de tutela (art. 86 C.P.) y, aunque no es considerada como una acción, también se puede incluir aquí la excepción de inconstitucionalidad, como un corolario del derecho a la supremacía de la Constitución.

Sin embargo, no son estas las únicas vías que existen para ejercer el control constitucional, pues en dicho ordenamiento también se establecen otras formas, v. gr. la revisión automática u oficiosa de determinados decretos y leyes (art. 241 C.P.) que corresponde ejercer a la Corte Constitucional; el examen de las objeciones presidenciales a cargo de esa misma corporación cuando han sido rechazadas por las Cámaras Legislativas (art. 167); y el que realizan los Tribunales Administrativos cuando deben resolver las objeciones que, por motivos de inconstitucionalidad, presentan los Gobernadores contra los proyectos de Ordenanzas dictadas por las Asambleas Departamentales, y cuando deciden sobre la constitucionalidad de los actos de los Concejos Municipales, de los Alcaldes (art. 305-9-10 C:P.) y, en general, de todos los

debe confundirse con la acción de nulidad por inconstitucionalidad<sup>369</sup> ni con la acción de simple nulidad.<sup>370</sup>

Durante mucho tiempo, la Corte Constitucional no estableció mayores cargas al accionante que pretendía instaurar una acción de inconstitucionalidad, diferentes a lo expuesto en el decreto 2067 de 1991 —que es la norma que regula los trámites ante esta autoridad—. En 1993, hubo un pronunciamiento del tribunal de constitucionalidad

---

actos de la autoridades departamentales y municipales. Como también en los casos a que alude la ley que regula las instituciones y los mecanismos de participación ciudadana.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -560 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>369</sup> Constitución Política de Colombia, Artículo 237 N°2. “Son atribuciones del Consejo de Estado: 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.”

<sup>370</sup> Código Contencioso Administrativo, artículo 137. “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.”

colombiano en lo concerniente a la acción con pretensión de inconstitucionalidad, en la sentencia C-003 del mismo año, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, la Corte estableció que estaban legitimados para hacer uso de esta institución los ciudadanos, incluso los magistrados de la Corte Constitucional y privó de tal derecho a las personas jurídicas.

En la Sentencia C-275 de 1996<sup>371</sup>, con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte Constitucional colombiana, partiendo de lo establecido en varias normas constitucionales, buscó facilitar el acceso a la acción de inconstitucionalidad, flexibilizando las exigencias procesales y haciendo prevalecer lo sustancial, sobre lo procesal, tal y como lo ordena la Constitución en su artículo 228.<sup>372</sup>

En 1997, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la sentencia C-447 estableció que las acciones de inconstitucionalidad que se ponían a consideración de la Corte Constitucional, debían cumplir con unas exigencias mínimas para no ser rechazadas o en caso de ser admitidas evitar el fallo inhibitorio. Para la Corte el accionante debe: 1)

---

<sup>371</sup> “No puede olvidarse el carácter político de la acción de inconstitucionalidad, pues ella implica, de una parte, la participación del ciudadano en defensa del orden jurídico que encuadra y limita el ejercicio del poder y, de otra, toca de manera directa con la estructura política básica del Estado. Resulta imposible desconocer que, especialmente a partir de la Constitución de 1991, la cual profundizó y fortaleció los mecanismos propios de la democracia participativa, y en obediencia al mandato de su artículo 228, que consagra la prevalencia del Derecho sustancial en todas las actuaciones de la administración de justicia, vienen a ser mínimas las exigencias de índole puramente formal para acceder a la acción pública de inconstitucionalidad.” Sentencia C 275 de 1996. Corte Constitucional de Colombia. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>372</sup> “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.”. Artículo 228 de la Constitución Política de Colombia.

aportar en la demanda cargos concretos de naturaleza constitucional y no formular acusaciones vagas e indeterminadas que impidan hacer el análisis de inconstitucionalidad; 2) la acusación debe sustentarse en la Constitución y no en la ley; y 3) se deberá acusar el contenido abstracto de la norma y no los efectos específicos en un caso concreto.<sup>373</sup>

En la sentencia C-536 de 1998 (magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo)<sup>374</sup>, la Corte estableció las razones por las cuales los

---

<sup>373</sup> “La jurisprudencia de esta Corporación exige la existencia de acusaciones susceptibles de ser analizadas y discutidas mediante el trámite propio del control constitucional abstracto, lo cual implica que el demandante debe formular un cargo concreto, de naturaleza constitucional, contra una norma legal. Por consiguiente, el actor no cumple ese requisito si se limita a efectuar una formulación vaga, abstracta y global de los motivos de inconstitucionalidad, sin acusar específicamente la disposición, pues su omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad. Tampoco existe una demanda idónea cuando la acusación no es relevante constitucionalmente sino que se fundamenta en razones puramente legales. Finalmente, ha entendido que no existe materialmente cargo, si el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico.” Sentencia C- 447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>374</sup> “El derecho que sustenta la posibilidad de instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad es de naturaleza política, y tiene por objeto la preservación del orden institucional en sí mismo, con independencia de intereses individuales propios o ajenos, lo que significa que está reservada a los nacionales colombianos y, entre éstos, a quienes hayan alcanzado la ciudadanía y estén en el ejercicio de ella. El artículo 40 de la Constitución reconoce a todo ciudadano el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y manifiesta que, para hacer efectivo ese derecho, puede “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”, pero es evidente que tal derecho no puede ser ejercido cuando, aun tratándose de un ciudadano, éste ha sido afectado por la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas según decisión judicial. No otra cosa surge del artículo 241 de la Constitución cuando se refiere al ciudadano como sujeto activo único de las acciones de inexequibilidad que ante la Corte Constitucional pueden intentarse. Luego si quien sufre la pena de interdicción de derechos y funciones públicas presenta una demanda ante la Corte Constitucional, ésta no puede resolver por falta de legitimación del accionante, de lo cual resulta que la demanda debe ser rechazada de plano, o proferir la Sala Plena sentencia inhibitoria.” Sentencia C 536 de 1998. Corte Constitucional de Colombia. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

condenados no pueden hacer uso de la acción de inconstitucionalidad, al menos de manera temporal, por tratarse, según la Corte, de un derecho político sujeto a la condición indispensable de hallarse en ejercicio de la ciudadanía. Para la Corte Constitucional, aquel que sufre la pena de interdicción de derechos y funciones públicas está excluido de esa posibilidad de accionar por falta de legitimación. Lo anterior, a pesar de que la Constitución en sus artículos 40 numerales 6 y 99<sup>375</sup>, no dice que el ejercicio de la ciudadanía es condición previa para ejercer el derecho a instaurar acciones en defensa de la Constitución; además, el referente para llegar a esa conclusión es el Código Penal y no la Constitución.

En el 2001 y teniendo en cuenta que el número de acciones de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos venía en aumento, desbordando la capacidad del Tribunal Constitucional<sup>376</sup>, la Corte Constitucional expidió la sentencia C-1052 de 2001, allí estableció un riguroso test de procedibilidad de las acciones de inconstitucionalidad,

---

<sup>375</sup> “La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad, y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley.

Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la ciudadanía, podrán solicitar su rehabilitación.” Artículo 99 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>376</sup> “Lo que sí se puede afirmar con seguridad es que dicha modificación está mutando los alcances que en un momento original tenía la norma constitucional tal como se podía leer el decreto antes del 2001, como norma que habla del contenido del derecho de acceso a la administración de justicia por medio de la acción pública. La ley, es decir el Decreto 2067, y con él los nuevos efectos que se le han dado en reacción a una acción política plenamente identificada, como lo es el fenómeno constitucional que se vivió en los años 2000 y 2001, donde la acción de inconstitucionalidad estaba desbordando los límites de reacción de la Corte, se convierte en el detonante para que el desincentivo adoptado por la misma Corte, mediante el fallo C-1052 del 2001<sup>376</sup>, se haga efectivo para reducir el número de demandas.” GOMÉZ-PINTO. Luis. *El control de constitucionalidad en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública*. En: Revista Vniversitas. Ed: Universidad Externado de Colombia. Bogotá. N° 122, enero- junio de 2011. Pág. 170- 2011.

cuando exige al accionante el cumplimiento no solo del decreto 2067 de 1991, sino también el deber de exponer razones **claras**<sup>377</sup>, **ciertas**<sup>378</sup>, **específicas**<sup>379</sup>, **pertinentes**<sup>380</sup> y **suficientes**<sup>381</sup>, sobre las que se debe

---

<sup>377</sup> “La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.” Sentencia C 1052 de 2001. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>378</sup> “Las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>379</sup> “Las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.” Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>380</sup> “La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”. Tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua,

sustentar el juicio de inconstitucionalidad de la norma acusada ante la Corte; en caso de no hacerse o hacerse indebidamente, el resultado es un fallo inhibitorio por parte de la Corte.

No se trata acá de una nueva categoría de sentencia, pues la Corte ya había fallado en estos términos antes de 2001. Es desde esta época en que los fallos inhibitorios van en aumento, justificando el no pronunciamiento de fondo de parte del tribunal de constitucionalidad, en cumplimiento del control de constitucionalidad entregado por la Constitución de 1991. Es ahí donde se hace necesario determinar qué es la acción de inconstitucionalidad en Colombia, para después establecer si es posible limitarla como derecho, como garantía o como mecanismo de participación ciudadana.

Parte del problema de definición de la acción de inconstitucionalidad colombiana viene de la ubicación de las normas que la sustentan, como lo es el artículo 40 N° 6 de la Constitución Política, que hace parte del capítulo I, título II y que lleva por nombre “DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”, el que expresamente dice:

---

innecesaria, o reiterativa” a partir de una valoración parcial de sus efectos.” Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>381</sup> “La suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, 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. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.” Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

*“Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede (...):*

*6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.”*

Si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional le da las categorías anteriores incluso de manera indiscriminada, surge una primera discusión acerca de si la acción de inconstitucionalidad ¿Es un derecho humano? ¿Es una garantía para hacer efectivo un derecho?; de ser así, ¿Cuál derecho? ¿Se trata de un mecanismo de participación ciudadana?

382

---

<sup>382</sup> La Corte Constitucional no hace una clara distinción acerca de la naturaleza de la acción colombiana de inconstitucionalidad y la trata igual como derecho político o mecanismo de participación ciudadana, un ejemplo de lo anterior es la sentencia C-301 de 2011, con ponencia del Magistrado Juan Carlos Henao Pérez que reza: “Reiterando la jurisprudencia de este Tribunal, la acción de inconstitucionalidad es un mecanismo de participación ciudadana, con el cual se desarrolla el principio previsto en los artículos 1º, 2º y 3º de la Constitución, de ser Colombia un Estado social de derecho democrático y participativo...”

Es, en este orden, un instrumento que combina el ejercicio de los derechos políticos (artículo 40 CP), con las prerrogativas entregadas al ciudadano para controlar el poder desplegado por el legislador a través de la creación de normas jurídicas.

Ahora bien, aún desde su faceta como derecho constitucional fundamental, esta facultad reconocida a los ciudadanos puede estar regulada y delimitada por la ley, a fin de hacer efectivo su ejercicio y definir las reglas a las cuales se somete.” Subrayado fuera de texto.

### **3.3 Competencia de la Corte Constitucional a través de la acción de inconstitucionalidad**

#### **3.3.1 Actos reformativos de la Constitución**

La reforma constitucional se encuentra regulada en los artículos 241 # 1 y 2, 374, 375, 376, 377, 378 y 379 de la Constitución Política y establece tres maneras para ser efectuada, que son el Acto Legislativo, el Referendo y la Asamblea Constituyente. El artículo 379 del mismo texto afirma que el control que realiza la Corte sobre estos mecanismos será a petición ciudadana y dentro del año siguiente contado a partir de su promulgación, solo por vicios de procedimiento.<sup>383</sup> De lo anterior se podría concluir que los actos reformativos, no tienen control de constitucionalidad por razones materiales<sup>384</sup>. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dicho en diferentes

---

<sup>383</sup> “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.

La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2.” Artículo 379 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>384</sup> “La exclusión del control constitucional del contenido material de una reforma constitucional es natural, pues el contenido de toda reforma constitucional es por definición contrario a la Constitución vigente, ya que precisamente pretende modificar sus mandatos. Admitir que una reforma constitucional pueda ser declarada inexecutable por violar materialmente la Constitución vigente equivale entonces a petrificar el ordenamiento constitucional y anular la propia cláusula de reforma, por lo que la restricción impuesta por el artículo 241 superior a la competencia de la Corte es una consecuencia necesaria del propio mecanismo de reforma constitucional. No le corresponde entonces a la Corte examinar si los contenidos materiales de una ley que convoca a un referendo son o no constitucionales, ni mucho menos políticamente oportunos, sino que debe exclusivamente estudiar si el procedimiento de formación de esa ley se ajusta o no a las exigencias constitucionales, puesto que la ley de referendo está orientada a reformar (esto es, a contradecir materialmente) el ordenamiento constitucional vigente hasta ese momento.” Sentencia C 551 de 2003. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

sentencias que tanto el Congreso de la República, cuando tramita actos legislativos, como el Pueblo a través del referendo<sup>385</sup>, tienen límites en su poder de reforma.

Ninguno de los dos puede incurrir en el denominado vicio de competencia, que es considerado uno de los vicios de procedimiento<sup>386</sup>. El Congreso de

---

<sup>385</sup> “El referendo como mecanismo de reforma constitucional es, siempre, manifestación del poder constituyente derivado y ni siquiera la intervención del electorado para votar la propuesta, después de haber sido tramitada en el Congreso y revisada por la Corte Constitucional, tiene la fuerza jurídica suficiente para transformar el referendo en acto constituyente fundacional, primario u originario. Es así como en la sentencia C-180 de 2007 se señala que cuando la ciudadanía participa en la convocatoria de un referendo actúa como órgano constituido y, por ende, con poder limitado, porque una es la situación cuando el pueblo, en un acto de afirmación y por fuera de todo cauce normativo, decide reformar la Constitución o darse una nueva y otra distinta aquella en la cual a la luz de las previsiones constitucionales, el pueblo es convocado para que decida si convoca una asamblea nacional constituyente o para que exprese su afirmación o su negación a una propuesta de reforma a la Constitución, pues en el primer caso el pueblo actúa como constituyente primario, en tanto que en el segundo obra en el ámbito de los poderes constituidos.” Sentencia C 141 de 2010. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>386</sup> “Sin embargo, la noción de vicios en el procedimiento de formación de una ley que incorpora un referendo no es en sí misma evidente. Algunas intervenciones consideran que la Corte debe examinar únicamente el trámite formal de la ley, sin que pueda siquiera analizar un ápice su contenido. Otros, por el contrario, aducen que este control constitucional implica inevitablemente un estudio del contenido mismo de la ley, pues no sólo el poder de reforma constitucional tiene límites materiales implícitos sino que, además, la Corte debe examinar si la ley asegura adecuadamente la libertad del elector.

Esta discrepancia de las intervenciones en torno a la competencia de la Corte remite a su vez a un diverso entendimiento sobre el alcance de la noción de “*vicios de procedimiento*” en la formación de las leyes. Ahora bien, esa divergencia de entendimientos no es sorprendente, ya que cualquier repaso breve de la doctrina o jurisprudencia extranjeras muestra que estamos frente a un tema complejo y debatido. Así, la mayor parte de los autores y jurisprudencias admiten que una ley puede incurrir en distintos tipos de vicios que pueden provocar su inconstitucionalidad: por ejemplo, es posible que el órgano que expidió el acto no estuviera facultado para hacerlo; o que estándolo, haya incurrido en una irregularidad grave en el trámite de su expedición; o que la disposición promulgada tenga un contenido normativo contrario a normas de superior jerarquía; o que el órgano haya estado irregularmente integrado, etc. Sin embargo, más allá de ese acuerdo básico sobre el hecho de que una ley puede incurrir en una diversidad de vicios, los autores tienen profundas discrepancias sobre la manera de entender y clasificar estos vicios. Así, un autor como Kelsen considera que todos esos

la República y el Pueblo pueden reformar pero no sustituir el texto constitucional<sup>387</sup>, dejando la única posibilidad de sustitución de la Constitución en la Asamblea Constituyente, que cuando pretende reformar la Constitución tiene los límites<sup>388</sup> fijados por ésta y las leyes estatutarias

---

vicios, incluso aquellos de contenido material, son siempre de forma o de procedimiento; según su parecer, un vicio material dejaría de existir si el contenido normativo inconstitucional hubiera sido aprobado, no a través de una ley sino por medio del procedimiento reforzado de reforma constitucional, lo cual evidencia que se trata de un vicio formal o de procedimiento. Para este jurista, toda inconstitucionalidad material puede entonces ser reducida a una inconstitucionalidad formal. En cambio otros autores, como Pizorrucco, discrepan de esa tesis y engloban los distintos vicios en dos categorías: vicios formales y vicios materiales; los primeros tienen que ver con la violación de las normas procedimentales que regulan la formación de la ley, mientras que los segundos están vinculados al contenido normativo de la ley. Zagrebelski recurre a una clasificación tripartita en vicios sustanciales, procedimentales y de competencia, pues en todo acto del poder público es posible distinguir la competencia del funcionario o autoridad que lo dicta, el procedimiento o trámite por el cual lo dicta, y el contenido material del acto. Otros sectores de la doctrina, especialmente italiana y española, parten de la distinción entre vicios materiales y vicios formales de la ley, siendo la característica esencial de estos últimos, que es posible determinar su ocurrencia sin necesidad de confrontar el contenido de la ley con la Constitución. Pero, a su vez, agregan una distinción entre los vicios formales, pues diferencian entre los vicios en los presupuestos del procedimiento y los vicios en el procedimiento como tal.” Sentencia C 551 de 2003. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>387</sup>“Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma.” Sentencia C 551 de 2003. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Al respecto se enuncian las siguientes sentencias: C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, C-1040 del 2005, C 141 de 2010 y C 150 de 2015.

<sup>388</sup> “La modificación de la Carta mediante una asamblea constituyente se encuentra sometida a varias reglas que comprenden, entre otras cosas, el procedimiento de consulta al pueblo para que decida si se convoca dicha asamblea. Tales reglas pueden

que regulan los mecanismos de participación ciudadana, pero como constituyente, también podría darse a la tarea de redactar una nueva constitución.

La teoría de los vicios de competencia ha sido problemática en Colombia; pues para la Corte, el control de constitucionalidad es meramente formal. Sin embargo, para determinar si uno de los competentes para reformar la Constitución incurrió o no en uno de tales vicios se hace necesario un

---

enunciarse de la siguiente forma. En primer lugar, (i) el Congreso tiene la competencia para disponer si consulta al pueblo la convocatoria de una asamblea constituyente o, de otra forma dicho, “quien efectúa la consulta es el Congreso de la República”. En segundo lugar, (ii) la ley mediante la cual se prevé la consulta al pueblo debe ser aprobada por la mayoría absoluta de una y otra cámara. En tercer lugar, (iii) la ley que dispone la realización de la consulta debe indicar la competencia, el período y la composición de la asamblea constituyente. En cuarto lugar, (iv) la Corte Constitucional es competente para adelantar el control de constitucionalidad de la ley que somete a decisión del pueblo la Convocatoria a una Asamblea Constituyente, únicamente por vicios de procedimiento en su formación. Finalmente, en quinto lugar, (v) la convocatoria de la asamblea constituyente se producirá si vota a favor la tercera parte de los integrantes del censo electoral lo que implica, en consecuencia, que es el pueblo quien convoca a la Asamblea. En la segunda fase del procedimiento de reforma, esto es, una vez el pueblo ha decidido convocar a la asamblea constituyente (vi) debe procederse a su elección por el voto directo de los ciudadanos en un acto electoral que no puede coincidir con otro. Una vez elegida (vii) la facultad de reforma constitucional por parte del Congreso de la República quedará suspendida durante el término asignado a la asamblea para el cumplimiento de sus atribuciones. Finalmente (viii) la asamblea tendrá la competencia para fijar su propio reglamento. La Ley 134 de 1994 se refiere a este mecanismo de participación en la misma disposición que se ocupa de regular la consulta popular. De esta manera, el artículo 8 señala que cuando la consulta se refiera a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, las preguntas serán sometidas a consideración del pueblo mediante una ley aprobada por el Congreso. Adicionalmente, el artículo 63 precisa que la consulta para la convocatoria de una asamblea y la elección de los delegatarios serán dos actos separados. Asignándole un efecto obligatorio a las decisiones adoptadas por el pueblo en la consulta popular, el artículo 62 de la ley 134 de 1994 prevé la absoluta inmodificabilidad de las reglas que fueron objeto de votación en la consulta. De esta manera la Asamblea Constituyente, además de los límites que más adelante se mencionan, se encuentra sujeta a las determinaciones adoptadas por el pueblo con anterioridad a su convocatoria y que demarcan, entre otras cosas, el alcance de su competencia. La Corte señaló, al examinar dicha regla, que “se acompaña con la naturaleza misma del derecho que tienen quienes han aprobado la decisión de convocar la Asamblea” Sentencia C 150 de 2015. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Mauricio González Cuervo.

análisis de fondo, con lo que la Corte Constitucional se estaría dando una atribución que no es de orden constitucional.

Los mecanismos de reforma constitucional en Colombia son:

### **3.3.1.1. Acto Legislativo<sup>389</sup>**

Este es el procedimiento de reforma en cabeza del Congreso de la República, que en Colombia es bicameral, compuesto por Senado y Cámara de Representantes.<sup>390</sup> Su trámite tiene las siguientes particularidades; tienen iniciativa de Acto Legislativo diez congresistas (10), el Gobierno Nacional, el veinte por ciento de la totalidad de concejales o diputados del país (20%), el Pueblo en un número no inferior al cinco por ciento (5%) del censo electoral<sup>391</sup> y el Consejo de Estado que

---

<sup>389</sup> “Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara.

En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.” Artículo 375 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>390</sup> “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.

El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.” Artículo 114 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>391</sup> La Ley 1475 de 2011, definió en su artículo 47 el censo electoral como “el registro general de las cédulas de ciudadanía correspondientes a los ciudadanos colombianos, residentes en el país y en el exterior, habilitados por la Constitución y la ley para ejercer el derecho de sufragio y, por consiguiente, para participar en las elecciones y para

aunque no aparezca enunciado en el artículo 375 de la Constitución, si en el artículo 237 # 4 del mismo texto constitucional.<sup>392</sup> Para su aprobación se requieren ocho debates, dos en la comisión primera de ambas cámaras y dos en las plenarios del Senado y la Cámara de Representantes, en cada instancia el primer debate el proyecto deberá ser aprobado por mayorías simples y en el segundo por mayorías absolutas. En este caso la acción de

---

concurrir a los mecanismos de participación ciudadana. El censo electoral determina el número de electores que se requiere para la validez de los actos y votaciones. Es también el instrumento técnico, elaborado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, que le permite a la Organización Electoral planear, organizar, ejecutar y controlar los certámenes electorales y los mecanismos de participación ciudadana.”

<sup>392</sup> “Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.
2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.
3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.
5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.
6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.
7. Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley.

**Parágrafo.** Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.” Artículo 237 # 4 de la Constitución Política de Colombia.

inconstitucionalidad debe instaurarse dentro del año posterior a la fecha de promulgación del Acto Legislativo y las razones del accionante deben ser formales tal y como lo establece el ya mencionado artículo 379 de Constitución Política de 1991 (aunque se podrán alegar razones de fondo cuando en la reforma del Congreso haya incurrido en una sustitución de la Constitución, configurándose el denominado vicio de competencia)

### **Características de este tipo de control**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de un órgano judicial como la Corte Constitucional.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: este control de constitucionalidad recae sobre el acto legislativo.
- Se trata de un control por vía de acción pues la Corte no tiene la competencia de revisar la constitucionalidad del acto legislativo sin que antes un ciudadano lo haya demandado.
- Este control no es integral, porque se circunscribe a las razones formales alegadas por el demandante.
- Es un control posterior a la promulgación del acto legislativo y solo hay un año para demandarlo.

- No es un control definitivo, pues puede volver a ser demandado por otras razones formales (o por vicio de competencia y si el Congreso incurrió en una sustitución de la Constitución) siempre y cuando la demanda se instaure dentro del año posterior a la promulgación.
- Es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de las leyes objeto de control.

### 3.3.1.2 Referendo<sup>393</sup>

Este es el mecanismo de reforma constitucional cuyo titular es el Pueblo. Tienen iniciativa de Referendo el Gobierno Nacional y Pueblo en un número no inferior al cinco por ciento (5%) del censo electoral, quienes deberán radicar su propuesta ante el Congreso de la República para que éste trámite una ley que convoque a los colombianos para se pronuncien acerca de una reforma a la Constitución de 1991. Dicha ley deberá ser aprobada por mayorías absolutas de ambas cámaras y tiene control de constitucionalidad automático a cargo de la Corte Constitucional y previo al

---

<sup>393</sup> “Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.” Artículo 378 de la Constitución Política de Colombia.

pronunciamiento popular.<sup>394</sup> Si la Corte lo declara constitucional entonces se procederá a realizar el referendo como tal, que para que prospere deberá obtener la mayoría de los votos y siempre y cuando participe al menos una cuarta parte del censo electoral. Como se dijo en el capítulo II del presente trabajo, el referendo reformativo de la Constitución tiene doble control de constitucionalidad, el primero recae sobre la ley de convocatoria con las características antes dadas y el segundo sobre el acto de convocatoria.<sup>395</sup> La acción de inconstitucionalidad procede para al referendo pero no frente a la ley de convocatoria, pues esta tiene control

---

<sup>394</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, so
2. lo por vicios de procedimiento en su formación.

2. 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.” Artículo 241 # 1 y 2 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>395</sup> “En la Sentencia C-551 de 2003 y en Auto 001 del mismo año, la Corte Constitucional sostuvo que la Carta Política prescribe dos fases de control jurídico en torno a las reformas constitucionales adoptadas por medio de referendo. En primer lugar, el control sobre la ley de convocatoria del referendo, que es de carácter automático, integral y limitado a los vicios de procedimiento y de competencia que se encuentren en la tramitación de la citada ley. Posteriormente, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional en las sentencias C-973 y C-1121 de 2004, puede tener lugar una segunda etapa de control sobre el acto reformativo de la Carta Política, una vez entra en vigor, es decir, una vez haya sido promulgado por el Presidente de la República, dicho control se ejerce sobre el referendo constitucional, acto jurídico complejo integrado por los diversos actos emitidos entre la sentencia que declara exequible la ley de convocatoria y la promulgación del decreto que adopta el pronunciamiento popular que contiene la reforma al Texto Superior. El mecanismo por medio del cual tiene lugar esta segunda fase de control son las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos ante la Corte Constitucional, así mismo en estos eventos el control se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos en el procedimiento de formación establecidos por la Constitución para esta modalidad de reformas constitucionales.” Sentencia C 141 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto. Corte Constitucional de Colombia.

de constitucionalidad automático a cargo de la Corte y previo al pronunciamiento popular en el referendo.

### **Características de este tipo de control.**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de un órgano judicial como la Corte Constitucional.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: recae sobre los diferentes actos realizados entre la sentencia de constitucionalidad de la ley y la expedición del decreto que adopta el pronunciamiento popular.
- Se trata de un control por vía de acción pues la Corte revisa la constitucionalidad de los actos enunciados en el ítem anterior.
- Este control no es integral, porque se circunscribe a las razones formales alegadas por el demandante.
- Es un control posterior a la sanción de la ley de convocatoria.
- Es un control definitivo, pues la Corte acumula las demandas instauradas por los ciudadanos dentro del año siguiente a la promulgación del acto reformatorio de la Constitución y se pronunciará solo por vicios de procedimiento en su formación (o por vicio de

competencia siempre y cuando el Pueblo haya incurrido en una sustitución de la Constitución).

- Es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de las leyes objeto de control.

### **3.3.1.3. Asamblea Constituyente<sup>396</sup>**

Quien convoca a los colombianos a Asamblea Constituyente es el Congreso de la República a través de una ley que requiere para su aprobación mayorías absolutas. La Asamblea Constituyente será convocada siempre y cuando lo apruebe al menos una tercera parte del censo electoral. En este caso la acción de inconstitucionalidad procede frente a la Asamblea Constituyente y no para ley de convocatoria que tiene control de constitucionalidad automático y previo al pronunciamiento popular.

---

<sup>396</sup> “Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine.

Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral.

La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento.”  
Artículo 376 de la Constitución Política de Colombia.

### **Características de este tipo de control.**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de un órgano judicial como la Corte Constitucional.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: recae sobre los diferentes actos realizados entre la sentencia de constitucionalidad de la ley y la expedición del decreto que adopta el pronunciamiento popular.
- Se trata de un control por vía de acción pues la Corte revisa la constitucionalidad de los actos enunciados en el ítem anterior.
- Este control es integral, porque se circunscribe a las razones formales alegadas por el demandante.
- Es un control posterior a la realización de la asamblea constituyente.
- Es un control definitivo, pues la Corte acumula las demandas instauradas por los ciudadanos dentro del año siguiente a la promulgación del acto reformativo de la Constitución y se pronunciará solo por vicios de procedimiento en su formación.
- Es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de las leyes objeto de control.

### 3.3.2. Leyes

La competencia de la Corte para conocer de las acciones de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos surge del artículo 241 # 4 que permite que las leyes puedan ser cuestionadas en su constitucionalidad por razones formales y materiales.<sup>397</sup> La acción de inconstitucionalidad contra las leyes procede por razones formales dentro del año siguiente contado a partir de la promulgación y por razones materiales en cualquier tiempo. Pueden configurarse vicios formales cuando el Congreso de la República en el trámite legislativo haya contrariado normas de carácter procedimental contenidas en la Constitución, en las leyes orgánicas como por ejemplo la ley 5ª de 1992 que es el reglamento del Congreso y las leyes estatutarias<sup>398</sup>. Sin embargo, no todo vicio formal produce declaratoria de inconstitucionalidad, pues conforme al párrafo del artículo 241 de la Constitución<sup>399</sup>, cuando la Corte Constitucional encuentre vicios subsanables en el acto objeto de

---

<sup>397</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

...4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.” Artículo 241 # 4 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>398</sup> Debe aclararse que en Colombia las categorías de leyes orgánicas y leyes estatutarias no coinciden con lo que son estos tipos de leyes en otras latitudes como por ejemplo en España. En Colombia las leyes orgánicas reglamentan la actividad del Congreso de la República a la hora de hacer otras leyes y las leyes estatutarias regulan asuntos de su trascendencia para el Estado y su relación con las personas como los son los Derechos Fundamentales, los estados de excepción, la administración de justicia o los mecanismos de participación ciudadana, entre otros.

<sup>399</sup> “Párrafo. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanao el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.” Párrafo del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

control deberá devolverlo a la autoridad que lo expidió, para que adecue la norma a los parámetros constitucionales. Puede además decirse que el tiempo también subsana el vicio formal, pues la acción de inconstitucionalidad por esta razón tiene la caducidad de un año, conforme a lo establecido por el artículo 242 # 3<sup>400</sup>. En cambio los vicios materiales no son subsanables, pues no existe caducidad para la acción por estas causales.

### **Características de este tipo de control**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de un órgano judicial como la Corte Constitucional.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: este control de constitucionalidad recae sobre la ley.

---

<sup>400</sup> “Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:

1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.
2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos.
3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.
4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto.
5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley.” artículo 242 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

- Se trata de un control por vía de acción pues la Corte no tiene la competencia de revisar la constitucionalidad de la ley sin que antes un ciudadano la haya demandado (exceptúese los casos de control de constitucionalidad automático ya tratados en el presente trabajo).
- Este control no es integral, porque se circunscribe a las razones formales (dentro del año siguiente a la promulgación de la ley) o materiales (en cualquier tiempo) alegadas por el demandante.
- Es un control posterior a la promulgación de la ley.
- No es un control definitivo, pues puede volver a ser demandado por otras razones formales o materiales que no hayan sido objeto de pronunciamiento a cargo de la Corte.
- Es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de las leyes objeto de control.

### **3.3.3 Decretos con fuerza material de ley**

En Colombia es posible que el ejecutivo en casos extraordinarios expida decretos que tienen la misma fuerza material que una ley. Algunos tienen control de constitucionalidad por vía de acción como es el caso de los decretos de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso de la República por un tiempo de hasta seis meses o también llamados decretos– ley y el Decreto Plan Nacional de Inversiones. Los decretos

legislativos tienen control de constitucionalidad automático. A continuación se abordarán los primeros, es decir los que tienen que ser demandados por un ciudadano para que la Corte se pronuncie acerca de su constitucionalidad:

### **3.3.3.1 Decretos de facultades extraordinarias dadas por el Congreso de la República o decretos-ley<sup>401</sup>**

La Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad de este tipo de decreto, también denominado decretos leyes, conforme al artículo 241 # 5.<sup>402</sup> En este caso el Congreso de la República a petición del Gobierno Nacional y a través de una ley que requiere para su aprobación la mayoría absoluta de ambas cámaras, le

---

<sup>401</sup> “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

...10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos. Artículo 150 # 10 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>402</sup> “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

...5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.” Artículo 241 # 5 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

entrega facultades especiales a la máxima autoridad del poder ejecutivo, para que a través de decretos con fuerza material de ley, regule aspectos que en condiciones ordinarias deberían ser normados por el Congreso. Dichas facultades serán entregadas hasta por seis meses y no procederán para expedir códigos, ni leyes estatutarias u orgánicas, fijar impuestos, ni crear servicios administrativos o técnicos de las cámaras. La Corte Constitucional ha sostenido la tesis que el juicio de constitucionalidad de los decretos leyes debe limitarse al decreto demandado y no a la ley que concedió las facultades extraordinarias, para que la Corte se pronuncie acerca de la constitucionalidad de dicha norma también deberá ser accionada.<sup>403</sup>

---

<sup>403</sup> “Desde este punto de vista queda claro que el Gobierno Nacional, como legislador extraordinario, se excedió en las facultades precisas otorgadas por el Congreso de la República al amparo de lo previsto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución y por ello deviene inconstitucional la expresión “salvo las particularidades contempladas en este Decreto” contenida en el artículo 63. Esto es así porque al establecer que los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular deben ser afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social creado por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios y normas modificatorias y que ello procede “con las salvedades introducidas en ese Decreto”, se crea una excepción y se abre la posibilidad de un régimen especial en materia del sistema de seguridad social aplicable a los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular.” Sentencia C 291 de 2001. Corte Constitucional de Colombia. M. P. Jaime Córdoba Triviño

### 3.3.3.2 Decreto ley plan nacional de inversiones<sup>404</sup>

La competencia de la Corte Constitucional para conocer de las acciones de inconstitucionalidad presentadas contra este tipo de decretos surge del ya mencionado artículo 241 # 5. Este decreto es consecuencia de una competencia excepcional entregada por la Constitución al Gobierno Nacional en caso de que habiendo presentado oportunamente el proyecto de Ley Plan Nacional de Inversiones Públicas ante el Congreso de la República, el legislador ordinario no lo apruebe dentro de los tres meses siguientes.

---

<sup>404</sup> “El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo.

Con fundamento en el informe que elaboren las comisiones conjuntas de asuntos económicos, cada corporación discutirá y evaluará el plan en sesión plenaria. Los desacuerdos con el contenido de la parte general, si los hubiere, no serán obstáculo para que el gobierno ejecute las políticas propuestas en lo que sea de su competencia. No obstante, cuando el gobierno decida modificar la parte general del plan deberá seguir el procedimiento indicado en el artículo siguiente.

El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley.

El Congreso podrá modificar el Plan de Inversiones Públicas siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero. Cualquier incremento en las autorizaciones de endeudamiento solicitadas en el proyecto gubernamental o inclusión de proyectos de inversión no contemplados en él, requerirá el visto bueno del Gobierno Nacional.” Artículo 341 de la Constitución Política de Colombia. Subrayado fuerza de texto

## **Características de este tipo de control**

- Es de naturaleza jurisdiccional: pues se encuentra a cargo de un órgano judicial como la Corte Constitucional.
- El objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad: este control de constitucionalidad recae el decreto ley plan nacional de inversiones.
- Se trata de un control por vía de acción pues la Corte no tiene la competencia de revisar la constitucionalidad del decreto ley plan nacional de inversiones sin que antes un ciudadano los haya demandado.
- Este control no es integral, porque se circunscribe a las razones formales (dentro del año siguiente a la publicación del correspondiente decreto) o materiales (en cualquier tiempo) alegadas por el demandante.
- Es un control posterior a la publicación del respectivo decreto.
- No es un control definitivo, pues puede volver a ser demandado por otras razones formales o materiales que no hayan sido objeto de pronunciamiento a cargo de la Corte.

- Es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de las leyes objeto de control.

### **3.4 Aspectos procesales de la acción de inconstitucionalidad en Colombia**

#### **3.4.1. Requisitos de admisión de la acción de inconstitucionalidad**

Como ya se dijo anteriormente, el sustento normativo de la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional se encuentra en los artículos 241, 242, 243, 244 y 379 de la Constitución Política de Colombia, en el decreto 2067 de 1991 y el reglamento del tribunal constitucional colombiano.<sup>405</sup> No procede la acción de inconstitucionalidad en aquellos casos donde existe control automático a cargo de la Corte Constitucional, como por ejemplo en el trámite de los proyectos de ley estatutaria, tratados internacionales —y leyes que los aprueban—, decretos legislativos, leyes de convocatoria a referendos o asamblea constituyente, entre otros.

---

<sup>405</sup> Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992; adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992. Posteriormente, adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

### 3.4.2 Requisitos establecidos por el decreto 2067 de 1991 y la Corte Constitucional

Por regla general, la Corte Constitucional actúa a petición ciudadana y no de manera oficiosa,<sup>406</sup> el ciudadano que ejerce la acción de inconstitucionalidad debe instaurarla por escrito y con copia. El texto contendrá cinco exigencias señaladas en el decreto 2067 de 1991, artículo 2°. Además, las razones expuestas por el accionante deben ser *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*, conforme a lo establecido en la sentencia C -1052 de 2001. Para verificar lo anterior, la Corte ha establecido una doble valoración de procedibilidad de las acciones de inconstitucionalidad; una, realizada por el magistrado sustanciador previa a la admisión de la demanda<sup>407</sup>; y otra, realizada por

---

<sup>406</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>407</sup> “Repartida la demanda, el magistrado sustanciador proveerá sobre su admisibilidad dentro de los diez días siguientes.

Cuando la demanda no cumpla alguno de los requisitos previstos en el artículo segundo, se le concederán tres días al demandante para que proceda a corregirla señalándole con precisión los requisitos incumplidos. Si no lo hiciera en dicho plazo se rechazará. Contra el auto de rechazo, procederá el recurso de súplica ante la Corte.

El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que esta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.

Se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada o respecto de las cuales sea manifiestamente incompetente. No obstante estas decisiones también podrán adoptarse en la sentencia.” Artículo 6° Decreto 2067 de 1991.

la Corte en pleno, durante la revisión de la constitucionalidad normativa.<sup>408</sup> En este orden de ideas el accionante deberá:

- **Identificar el objeto sobre el que versa la acusación**, lo que significa señalar las normas que se consideran inconstitucionales, además se exige su transcripción literal por cualquier medio.<sup>409</sup>

---

<sup>408</sup> “Al respecto, como cuestión previa debe la Corte aclarar que, en el estudio preliminar llevado a cabo por el magistrado sustanciador al momento de decidir la admisibilidad de la demanda, éste, en aplicación del principio *pro actione*, consideró que las acusaciones cumplían mínimamente los requisitos necesarios para considerar que se trataba de una demanda sustancialmente apta para dar lugar a su estudio y a un pronunciamiento de fondo, por lo cual fue admitida.

Sin embargo, estando el asunto a disposición de la Sala Plena, la Corte aceptó el concepto del señor Procurador General de la Nación, conforme al cual ninguno de los cargos formulados había sido sustentado de forma tal que las razones de la violación hubieran sido expuestas en forma clara, cierta, específica, pertinente y suficiente, según lo exigido por el Decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación; más bien los demandantes hacían varias afirmaciones, pero no exponían las razones específicas por las cuales la norma acusada resultaría incompatible con la Carta. Por ello, advirtiendo la Sala que le estaba vedado al juez constitucional suplir tales razones, porque ello conduciría a que la Corte se convirtiera a la vez en juez y demandante, lo cual resultaba contrario al principio de imparcialidad judicial que debe presidir el ejercicio de sus funciones, optó por inhibirse de conocer la acusación.

Así pues, dado que, como se explicó anteriormente, la decisión sobre la ineptitud formal o sustancial de la demanda puede adoptarse o bien en el momento del estudio preliminar de admisibilidad, o bien más adelante por la Sala Plena en el momento de proferir Sentencia, en la presente oportunidad la Corte optó por esta segunda posibilidad, por las razones que inmediatamente se pasan a explicar, que la llevarán a proferir, en la parte resolutive de la presente decisión, un fallo inhibitorio”. Sentencia C 1300 de 2005. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>409</sup> “Tendrá que identificar, en primer lugar, el objeto sobre el que versa la acusación, esto es, el precepto o preceptos jurídicos que, a juicio del actor, son contrarios al ordenamiento constitucional. Esta identificación se traduce en (i.) “el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales”. Pero además, la plena identificación de las normas que se demandan exige (ii.) “su transcripción literal por cualquier medio o la inclusión de “un ejemplar de la publicación de las mismas” (Artículo 2 numeral 1 del Decreto 2067 de 1991). Se trata de una exigencia mínima “que busca la indispensable precisión, ante la Corte, acerca del objeto específico del fallo de constitucionalidad que habrá de proferir, ya que señala con exactitud cuál es la norma demandada y permite, gracias al texto que se transcriba, verificar el contenido de lo que el demandante aprecia

- **El concepto de la violación**, esto implica que el ciudadano debe señalar las normas constitucionales que se consideran infringidas. Debe manifestar además cuáles elementos materiales relevantes de la Constitución resultan vulnerados por la norma cuestionada. Aclara la Corte que no basta con que el accionante se limite a transcribir la norma constitucional.<sup>410</sup>
- Para la Corte Constitucional de Colombia, quien actúe como accionante tendrá que presentar las razones por las cuales la norma demandada contradice la Constitución y exige además que las razones presentadas por el actor sean **claras, ciertas, específicas, pertinentes y**

---

como contrario a la Constitución”. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>410</sup> “El segundo elemento de toda demanda de inconstitucionalidad es el concepto de la violación, que supone la exposición de las razones por las cuales el actor considera que el contenido de una norma constitucional resulta vulnerado por las disposiciones que son objeto de la demanda. En este orden de ideas, al ciudadano le corresponderá (i.) hacer “el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas”, pues “si bien cada ciudadano es libre de escoger la estrategia que considere conveniente para demostrar la inconstitucionalidad de un precepto (siempre y cuando respete los parámetros fijados por la Corte), considera la Corte que... el [particular] tiene el deber de concretar el o los cargos contra las disposiciones acusadas, lo que implica realizar un esfuerzo por identificar de manera relativamente clara las normas constitucionales violadas”. Este señalamiento supone, además, (ii.) la exposición del contenido normativo de las disposiciones constitucionales que riñe con las normas demandadas, es decir, manifestar qué elementos materiales del texto constitucional son relevantes y resultan vulnerados por las disposiciones legales que se impugnan. No basta, pues, con que el demandante se limite a transcribir la norma constitucional o a recordar su contenido. Finalmente, (iii.) tendrán que presentarse las razones por las cuales los textos normativos demandados violan la Constitución. La efectividad del derecho político depende, como lo ha dicho esta Corporación, de que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. De lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose, circunstancia que frustra “la expectativa legítima de los demandantes de recibir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional”. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

**suficientes**,<sup>411</sup> exigencias que no hacen parte del decreto 2067 de 1991, pero son establecidas por la Corte por vía jurisprudencial. Sobre estos, la misma Corte explica que:

- **La claridad** de la demanda es ante la Corte Constitucional un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación. Obliga al demandante a seguir un hilo conductor de la argumentación que permita al lector entender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se basa.
- **La certeza** significa que la demanda recae sobre una norma jurídica real y existente. El ejercicio de la acción de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto.
- **La especificidad** consisten en la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada. Para la Corte Constitucional colombiana el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la norma y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles para ella, que se deba resolver la constitucionalidad de una norma a partir de argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales. Cuando esto no se hace, la Corte ha señalado la ineptitud de la demanda de

---

<sup>411</sup> En la sentencia C -405 de 2009, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional de Colombia explica qué significa que los argumentos deben ser: ciertos, claros, pertinentes, suficientes y específicos.

inconstitucionalidad por inadecuada presentación del concepto de la violación.

- **La pertinencia** es, según la Corte Constitucional, un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Lo que significa que el cuestionamiento normativo debe ser de naturaleza constitucional, los preceptos que se buscan salvaguardar están contenidos en la Constitución o hacen parte del Bloque de constitucionalidad. Para la Corte son inaceptables los argumentos que se formulan teniendo como referente exclusivamente a la ley, por tratarse de un juicio de constitucionalidad y no de legalidad; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, por tratarse de un juicio de constitucionalidad abstracto y no concreto.
- **La suficiencia** de los argumentos del accionante contenidos en la demanda deben al menos crear en la Corte una “duda razonable”, la argumentación dada por el accionante debe ser lo suficientemente persuasiva para esta corporación como para iniciar el juicio de constitucionalidad.
- Si el accionante cuestiona la norma por razones procedimentales, entonces deberá señalar **el trámite** correcto para la expedición de la norma demandada y la forma como fue quebrantado.
- Además de lo anterior, el accionante también deberá aportar, en el texto de la demanda, la razón por la cual la Corte es **competente** para conocerla.

Las exigencias de que las razones presentadas por el actor sean **claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes**, conforme a los criterios establecidos por la Corte para estos conceptos, no han sido fijadas ni por el constituyente ni por el legislador, sino por el mismo guardián de la Constitución colombiana. Para algunos estas exigencias hechas al ciudadano no sacrifican el principio de *pro actione*<sup>412</sup> sino que corresponden a una autolimitación de la Corte que busca la prevalencia del principio de la conservación del Derecho.<sup>413</sup> La misma Corte, trata de

---

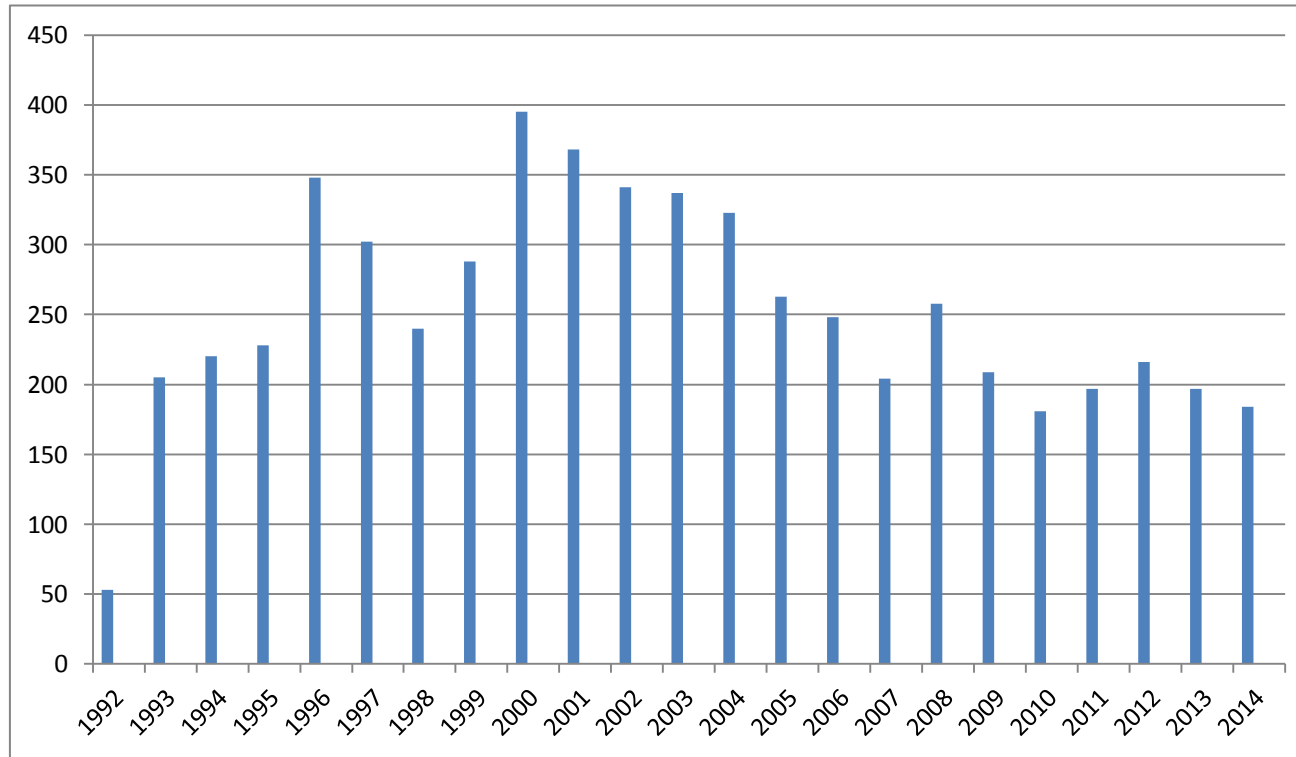
<sup>412</sup> Para la Corte Constitucional colombiana este principio lleva a que no se le pueden exigir al accionante cargas que imposibiliten el ejercicio de la tutela efectiva del derecho, así:

“Sin embargo, la jurisprudencia también ha precisado que al verificar el cumplimiento de la referida exigencia la Corte no debe proceder con excesivo rigor a tal punto que frustre el derecho a la tutela judicial efectiva dando lugar a una suerte de denegación de justicia constitucional, por lo que en aplicación del principio *pro actione*, y en consideración del carácter ciudadano de la acción de inconstitucionalidad, le corresponde indagar en qué consiste la pretensión del accionante para así evitar en lo posible un fallo inhibitorio. Al respecto la Corte ha dicho:

“...con base en la jurisprudencia constitucional se ha considerado que “la apreciación del cumplimiento de tales requerimientos ha de hacerse en aplicación del principio *pro actione* de tal manera que se garantice la eficacia de este procedimiento vital dentro del contexto de una democracia participativa como la que anima la Constitución del 91. Esto quiere decir que el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo” Sentencia C 451 de 2005. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Clara Inés Vargas.

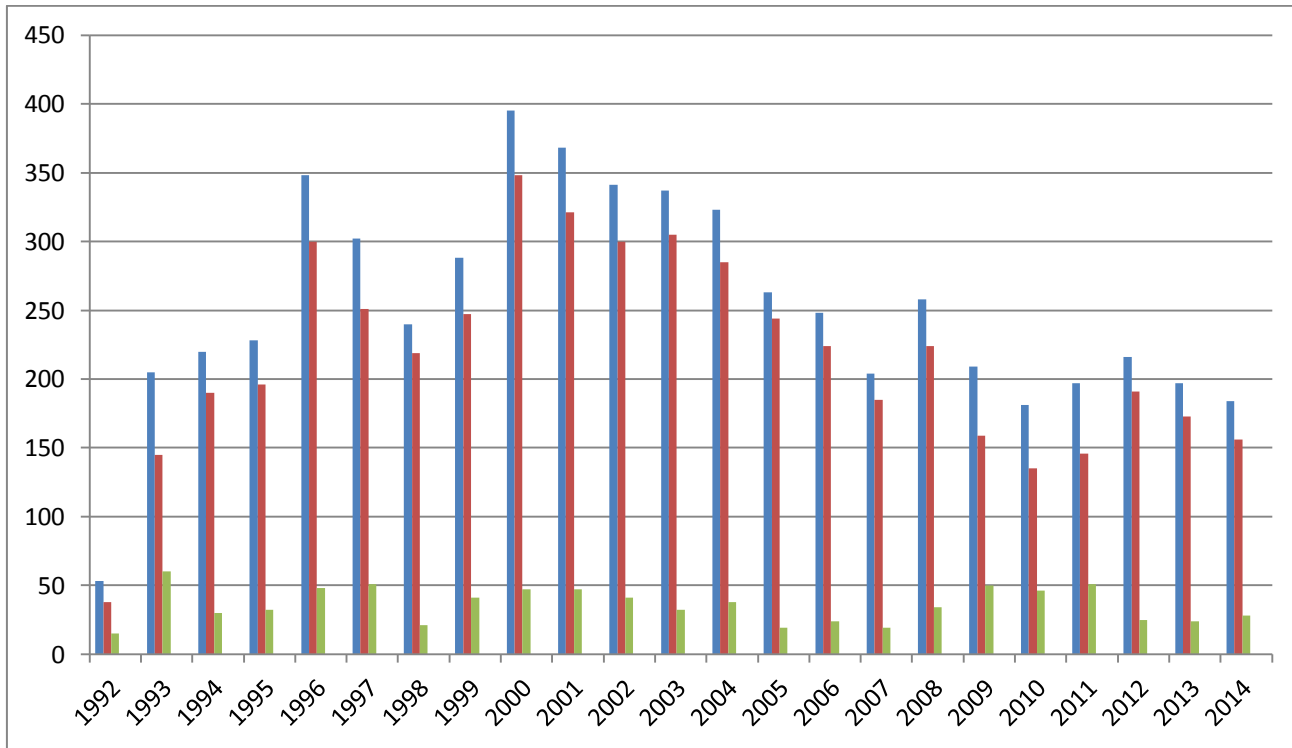
<sup>413</sup> “Entre el conflicto que se crea al ponderar el dar prevalencia al principio *pro actione* y asumir un fallo inhibitorio por garantizar el principio de conservación del derecho, la Corte crea una cláusula de autorrestricción y con esto modula los efectos procesales y los incentivos que se quieren conceder a la acción pública. Esto, efectivamente, se convierte en un freno procesal para los ciudadanos, en el sentido de reconocer que la Corte debe permitir la interpretación de la ley, pero no cualquier interpretación. Se trata de una carga de argumentación que se ha venido exigiendo al demandante y que cada vez parece que se refina aún más. En efecto, esto permite ahondar en el estudio de la postura que tiende a prevalecer durante los últimos nueve años de funcionamiento de la Corte, en lo que se refiere a los alcances que se le han conferido a la acción pública.” GOMÉZ-PINTO. Luis. *El control de constitucionalidad en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública*. En: Revista Vniversitas.

matizar el alcance limitante de su teoría al afirmar que la consagración de estos requisitos mínimos no puede entenderse, entonces, como una limitación a los derechos políticos del ciudadano, pues lo que quiere el Tribunal Constitucional, al identificar el contenido de la demanda de inconstitucionalidad, es fijar unos elementos que le informen adecuadamente para poder proferir un pronunciamiento de fondo, evitando un fallo inhibitorio; pero en la práctica lo que se ha hecho es aumentar la carga argumentativa para el demandante de la norma, limitando así el ejercicio de la acción y disminuir el número de acciones tanto admitidas como falladas de fondo, tal como puede apreciarse en los siguientes cuadros estadísticos:



AÑO	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Total de sentencias C expedidas por la Corte	53	205	220	228	348	302	240	288	395	368	341	337	323	263	248	204	258	209	181	197	216	197	184

Los anteriores cuadros nos muestran cómo el número de sentencias proferidas por la Corte Constitucional alcanza su punto más alto en año 2000, con un total de 395 decisiones de constitucionalidad ya sea petición ciudadana o por control de constitucionalidad automático y desde el 2001, año de expedición de la sentencia C-1052, es evidente su descenso, hasta llegar a 184 sentencias en el 2014.



<b>AÑO</b>	<b>1992</b>	<b>1993</b>	<b>1994</b>	<b>1995</b>	<b>1996</b>	<b>1997</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>
<b>Total de sentencias C expedidas por la Corte</b>	53	205	220	228	348	302	240	288	395	368	341	337	323	263	248	204	258	209	181	197	216	197	184
<b>Sentencias C por acción</b>	38	145	190	196	300	251	219	247	348	321	300	305	285	244	224	185	224	159	135	146	191	173	156
<b>Sentencias C por control automático</b>	15	60	30	32	48	51	21	41	47	47	41	32	38	19	24	19	34	50	46	51	25	24	28

Como se dijo antes, la Corte Constitucional expide sentencias C como consecuencia de dos formas de control de constitucionalidad: por acción y automático.<sup>414</sup> Los cuadros anteriores nos muestran la totalidad de sentencias C emanadas de la Corte y cuantas corresponden a acciones de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos y cuantas fueron el resultado de control de constitucionalidad oficioso.

---

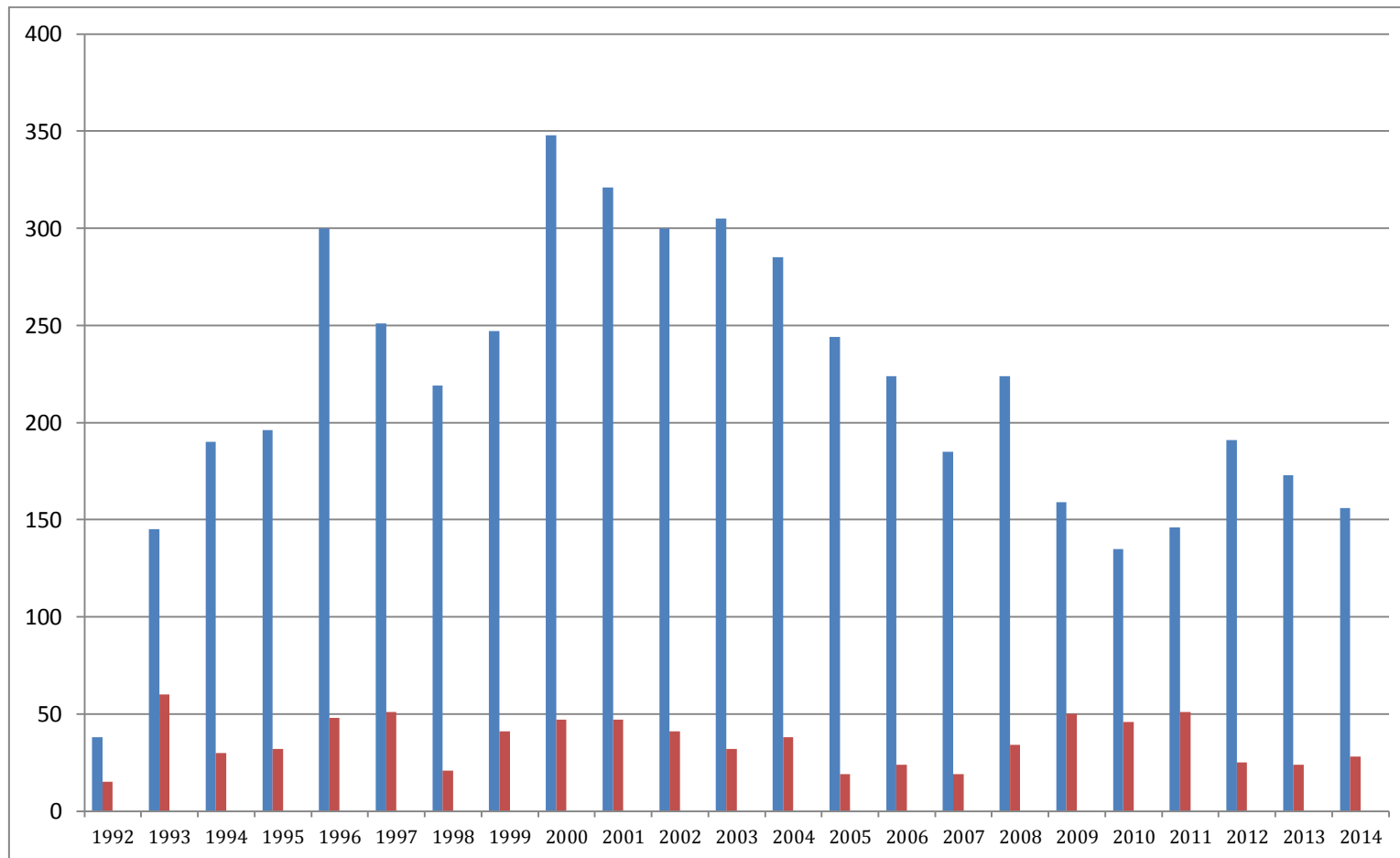
<sup>414</sup> Tienen control de constitucionalidad automático en Colombia: los tratados internacionales y las leyes que los ratifican, los decretos legislativos o de estados de excepción, los proyectos de ley objetados por el Gobierno Nacional por inconstitucionales e insistidos por el Congreso, los proyectos de leyes estatutarias, las leyes de convocatoria y los decretos legislativos.

<b>AÑO</b>	<b>1992</b>	<b>1993</b>	<b>1994</b>	<b>1995</b>	<b>1996</b>	<b>1997</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>
<b>Número total de sentencias inhibitorias</b>	2	12	24	18	36	25	31	38	65	71	71	55	65	68	69	57	87	40	30	46	40	49	42
<b>Sentencias inhibitorias acciones en de inconstitucionalidad</b>	2	11	24	18	35	23	30	38	65	71	71	54	65	68	69	57	87	36	29	46	40	49	40
<b>Sentencias inhibitorias control de constitucionalidad automático</b>	0	1	0	0	1	2	1	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	4	1	0	0	0	2

Las sentencias inhibitorias no son comunes en el control de constitucionalidad automático, entre 1992 y 2014. Solo se expedieron 13<sup>415</sup> de un total de 5.805, lo que representa 0.2%. Mientras que sí son un porcentaje importante en el control de constitucionalidad por vía de acción, pues en 22 años la Corte Constitucional colombiana (desde 1992 hasta 2014) se ha inhibido 1.028 veces de fallar acciones de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos, lo que representa un 17.7% de la totalidad de sentencias C expedidas.

---

<sup>415</sup> Las sentencias C de control de constitucionalidad automático e inhibitorias expedidas por la Corte Constitucional entre 1992 y 2014 fueron: C 457 de 1993, C 255 de 1996, C 325 de 1997, C327 de 1997, C 036 de 1998, C 1146 de 2003, C 196 de 2009, C 321 de 2009, C 323 de 2009, C 850 de 2009, C 239 de 2010, C 258 de 2014 y C 388 de 2014.



<b>AÑO</b>	<b>1992</b>	<b>1993</b>	<b>1994</b>	<b>1995</b>	<b>1996</b>	<b>1997</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>
<b>Total de sentencias expedidas a petición ciudadana</b>	38	145	190	196	300	251	219	247	348	321	300	305	285	244	224	185	224	159	135	146	191	173	156
<b>Sentencias inhibitorias en acciones de inconstitucionalidad</b>	2	11	24	18	35	23	30	38	65	71	71	54	65	68	69	57	87	36	29	46	40	49	40
<b>Porcentaje</b>	5.3	6.9	12.6	9.2	11.6	9.2	13.7	15.4	18.7	22.1	23.7	17.7	22.8	27.9	30.8	30.8	38.8	22.6	21.5	31.5	20.9	28.3	25.6

En promedio las inhibitorias, representan un 26.1% de la totalidad de sentencias expedidas por la Corte Constitucional a petición ciudadana, durante los últimos 14 años. Lo que es un porcentaje muy alto y nos hace cuestionar si este tipo de decisiones no son una vulneración a los derechos fundamentales del accionante al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, teniendo en cuenta que la Corte tuvo la oportunidad de evitar este tipo de sentencias en la admisión de la demanda de inconstitucionalidad y que ella misma ha reconocido lo problemático de proceder con excesivo rigor al examinar los requisitos que debe cumplir una acción de inconstitucionalidad y en caso de hacerlo como esto podría vulnerar el principio *pro actione*.<sup>416</sup> Los defensores de la Corte Constitucional dirán que las sentencias inhibitorias no vulneran el acceso a la justicia del ciudadano, pues la norma cuestionada y de la cual no hubo pronunciamiento de fondo, puede volver a ser objeto de demanda. Lo que no es aceptable es que la Corte utilice este tipo de providencias para no fallar en temas polémicos, incurriendo en una clara politización de la justicia.<sup>417</sup>

---

<sup>416</sup> “La Corte ha entendido que la acción de inconstitucionalidad, dado su carácter público, está regida por el principio *pro actione* que obliga a no proceder con excesivo rigor al examinar el cumplimiento de los requisitos de la demanda, prefiriendo una decisión de fondo antes de la inhibitoria, pues esta última podría restringir el derecho de participación ciudadana y frustrar el acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte, “dando lugar a una suerte de denegación de justicia constitucional”. Por ello, más allá de los errores puramente formales de presentación o de técnica jurídica, debe darse trámite a las acciones ciudadanas en las que se identifique al menos un cargo de inconstitucionalidad, a partir del cual la Corte pueda confrontar la norma legal demandada frente al Estatuto Superior. En el presente caso, pese al laconismo del argumento acusador sobre la presunta violación del artículo 189-11 superior, esta corporación, en aplicación del principio *pro actione*, se pronunciará de fondo sobre el cargo, advirtiendo que en razón de ésta circunstancia la cosa juzgada derivada del presente fallo tendrá efectos relativos, por cuanto se restringirá únicamente al examen de dicha acusación.” Sentencia C 372 de 2009. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>417</sup> Son ejemplos de sentencias inhibitorias en un tema polémico como lo son los derechos de las parejas del mismo sexo: C- 029 de 2009, C- 802 de 2009, C- 886 de

Otro requisito establecido por la Corte Constitucional, y que no está enunciado en la sentencia C- 1052 de 2001, es el de la **integración normativa**,<sup>418</sup> que obliga al accionante a demandar una proposición jurídica completa, la cual debe ser conformada con las normas estrechamente vinculadas a la norma acusada, así esta tenga un contenido completo y autónomo, lo que obliga al demandante a la identificación completa del objeto demandado, que incluye todos los elementos que hacen parte de una unidad indisoluble creada por el derecho,<sup>419</sup> so pena de la inadmisión y posterior rechazo de la acción, o en caso de ser admitida por el magistrado ponente, obtener un fallo inhibitorio en sala plena.

---

2010, C- 577 de 2011, entre otras. Aunque es cierto que este grupo poblacional ha obtenido el reconocimiento de varios derechos a través de acciones de inconstitucionalidad, también debe decirse que ha sido gracias a la perseverancia de personas que frente a fallos inhibitorios, decidieron insistir ante la Corte.

<sup>418</sup> “La jurisprudencia de esta Corporación también ha establecido que como requisito de procedibilidad de la acción de inconstitucionalidad es necesario haber demandado una proposición jurídica completa la cual debe ser conformada con las normas estrechamente vinculadas a la norma acusada, así ésta tenga un contenido completo y autónomo” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 775 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>419</sup> “De esta manera, la integración normativa posee estos tres significados: a) Es la realización de un deber de quien participa en el debate democrático, a través de la acción de inconstitucionalidad de que trata el art. 241 CP, consistente en la identificación completa del objeto demandado, que incluye todos los elementos que hacen parte de una unidad indisoluble creada por el Derecho. b) Es un mecanismo que hace más efectivo el control ciudadano a las decisiones del legislador. c) Y es, finalmente, una garantía que opera a favor de la coherencia del orden jurídico, pues su conformación determina que el poder del juez constitucional para resolver un asunto en sus problemas jurídicos sustanciales, pueda efectuarse sobre todos los elementos que estructuran una determinada construcción jurídica.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -761 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

### **3.4.3 La legitimación activa como criterio de admisión de la acción de inconstitucionalidad.**

En el caso colombiano, la Constitución Política establece el derecho de todo ciudadano a la conformación, ejercicio y control del poder político;<sup>420</sup> como mecanismo para hacer efectivo este derecho consagra la acción de inconstitucionalidad como parte del acceso efectivo de cualquier persona que ostente la ciudadanía a la jurisdicción constitucional.<sup>421</sup> La Corte Constitucional estableció que, para instaurar este tipo de acción, era necesario reunir tres calidades: 1) Ser, persona natural, con lo que se excluyen las personas jurídicas, 2) Ser nacional de Colombia, con lo que se excluyen los extranjeros y 3) Ser ciudadano, con lo que se excluye a los menores de edad. Nuestro Tribunal Constitucional afirmó que ningún ciudadano podía estar excluido de esta

---

<sup>420</sup> Artículo 40 N° 6 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>421</sup> “Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:

1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.

2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos.

3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.

4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto.

5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley.” Artículo 242 N° 1 Constitución Política de Colombia.

acción;<sup>422</sup> lo cual incluye a los funcionarios públicos, e incluso a los magistrados de la Corte Constitucional, quienes en caso de instaurar la acción de inconstitucionalidad, actuarían en calidad de ciudadanos y no de servidores públicos.

La Corte Constitucional, en varias decisiones, ha establecido que para instaurar acciones de inconstitucionalidad se requiere no solo la ciudadanía, sino también el ejercicio de la misma,<sup>423</sup> con lo que se excluyó a los condenados del ejercicio de este derecho.<sup>424</sup>

---

<sup>422</sup> “Son Titulares de la acción pública de inconstitucionalidad las personas naturales nacionales que gozan de la ciudadanía. No existe ninguna clase de ciudadanos que no goce de este derecho político para presentar las acciones de que trata el artículo 241 de la Constitución, ni siquiera los Magistrados encargados de resolver por vía judicial de dichos procesos, esto es, ni siquiera los Magistrados de la Corte Constitucional. No puede presentarse una demanda de constitucionalidad en condición exclusiva de apoderado de una persona jurídica, porque lo que es de la esencia única de la persona natural no puede extenderse a la persona moral.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-03 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Subrayado fuera de texto.

<sup>423</sup> Sentencias C- 536 de 1998, C- 592 de 1998, C- 562 de 2000, C- 366 de 2000, auto de 24 de septiembre de 2002, entre otras.

<sup>424</sup> “Ahora bien, el artículo 40 de la Constitución reconoce a todo ciudadano el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y manifiesta que, para hacer efectivo ese derecho, puede “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley” (numeral 6), pero es evidente que tal derecho no puede ser ejercido cuando, aun tratándose de un ciudadano, éste ha sido afectado por la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas según decisión judicial, en los términos de las normas legales que se comentan.

No otra cosa surge del artículo 241 de la Constitución cuando se refiere al ciudadano como sujeto activo único de las acciones de inexecutable que ante la Corte Constitucional pueden intentarse.

El derecho político del que se trata no se concreta en su ejercicio actual y efectivo sino bajo la condición indispensable de hallarse en ejercicio de la ciudadanía, luego quien sufre la pena de interdicción de derechos y funciones públicas está excluido de esa posibilidad, y si presenta una demanda ante la Corte Constitucional, esta no puede resolver por falta de legitimación del accionante...” Sentencia C- 536 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Subrayado fuera de texto.

Aunque es cierto que la Constitución Política de Colombia establece que el ejercicio de la ciudadanía puede ser suspendido por decisión judicial,<sup>425</sup> nuestra Constitución también dice cuáles son los derechos políticos para los que se requiere ser ciudadano en ejercicio,<sup>426</sup> ellos son: ejercer el derecho de sufragio, ser elegido y desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción. La norma no menciona el de instaurar acciones de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional colombiana equipara al ciudadano con el ciudadano en ejercicio, a pesar de que la Constitución los diferencia. Además, para establecer que solo los “ciudadanos en ejercicio” pueden instaurar acciones de inconstitucionalidad, hace un juicio de legalidad y no de constitucionalidad, pues el gran referente para tomar dicha decisión fue el Código Penal.<sup>427</sup>

---

Otras sentencias en el mismo sentido de la Corte Constitucional de Colombia son: C -592 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz, C -562 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C -581 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería, C -393 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería, C -329 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis, Auto 104 de 2011. M.P. Nilson Pinilla, entre otras.

<sup>425</sup> “La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad, y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley.” Artículo 98 Constitución Política de Colombia.

<sup>426</sup> “La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.” Artículo 99 Constitución Política de Colombia.

<sup>427</sup> “De conformidad con lo estatuido en el artículo 50 del Código Penal, la interdicción de derechos y funciones públicas -pena accesoria, cuando no se establezca como principal, según lo establece el artículo 42 **ibidem**- "priva de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político (subraya la Corte), función pública u oficial y dignidades que confieren las entidades oficiales e incapacita para pertenecer a los cuerpos armados de la República”.

El artículo 52 del mismo Código señala que la pena de prisión implica la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal, y el 55 estipula que la aludida sanción accesoria se aplicará de hecho mientras dure la pena privativa de la libertad concurrente con ella. Cumplida la pena principal, comienza a correr el término señalado en la sentencia para la sanción accesoria.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -536 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

#### **3.4.4 Caducidad de la acción de inconstitucionalidad.**

La acción de inconstitucionalidad, contra actos reformativos de la Constitución, procede solo por vicios de procedimiento y tiene una caducidad de un año.<sup>428</sup> Las leyes<sup>429</sup> y los decretos con fuerza material de ley de los artículos 150 N° 10 y 341,<sup>430</sup> son cuestionables por vicios formales y materiales. No existe caducidad de la acción cuando se trata de vicios de fondo en el caso de las leyes y los decretos antes enunciados, pero sí cuando se pretende alegar vicios de procedimiento, entonces la acción debe instaurarse antes de que se cumpla año, contado este a partir de la promulgación de la ley o decreto con fuerza material de ley.

#### **3.5 Algunas definiciones necesarias para comprender qué es la acción de inconstitucionalidad en Colombia**

En Colombia existe un problema de definición de la acción de inconstitucionalidad, pues la Constitución habla del derecho de todo ciudadano de instaurar acciones en defensa de la Constitución y de la ley (artículo 40 N°6) y lo ubica en el capítulo I del título II que es el de los derechos fundamentales. La Corte Constitucional, sin mayor rigurosidad dogmática, llama a la acción de inconstitucionalidad derecho político, mecanismo de protección de un derecho humano y mecanismo

---

<sup>428</sup> Artículos 241 N° 1, 242 N° 3 Y 379, Constitución Política de Colombia. Sentencia C-543 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>429</sup> Artículo 241 N° 4, Constitución Política de Colombia.

<sup>430</sup> Artículo 241 N° 5, Constitución Política de Colombia.

de participación ciudadana. Para resolver el interrogante que hace parte del título del presente trabajo será necesario responder a la pregunta ¿Qué es la acción de inconstitucionalidad en Colombia? Lo que a su vez requiere definir algunas categorías jurídicas, para establecer en cuáles encaja la acción que motiva el presente trabajo.

### **3.5.1 Derechos fundamentales**

La Constitución francesa de 1791 que llamaba ya a su primer título: “Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución”, ubicó en él los derechos naturales y civiles, de los que hacen parte una amplia gama de derechos de libertad, la igualdad, algunas garantías y unos pocos de carácter asistencial. El concepto de derechos fundamentales surge de manera incipiente con la Constitución alemana de 1848, evoluciona en la primera posguerra y se consolida en la segunda, con la expedición de la Ley Fundamental de Bonn. Para esta Constitución los llamados derechos fundamentales hacen parte del núcleo del sistema político adoptado por ella, son el fundamento sobre el que se construye el Estado constitucional y democrático de derecho<sup>431</sup>.

Según Ferrajoli:

*“Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de*

---

<sup>431</sup> PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 249.

*ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”<sup>432</sup>*

La universalidad, a la que se refiere la anterior definición, no puede entenderse como absoluta, pues la titularidad de algunos derechos fundamentales está condicionada a status como “ciudadanía” y “capacidad de obrar”<sup>433</sup>. Existen derechos fundamentales que recaen en toda “persona”, pero también existen derechos fundamentales que recaen solo en quienes tienen “capacidad de obrar” y derechos fundamentales que solo tienen quienes ostenten la calidad de “ciudadano”.

En el caso colombiano, la Constitución establece un capítulo denominado “DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”, pero ni el constituyente de 1991 ni la Corte Constitucional colombiana, quisieron una enunciación taxativa de esta serie de derechos en nuestro ordenamiento jurídico, al estilo alemán o español, por lo que la Corte, desde sus más tempranos pronunciamientos, asumió una tesis no restrictiva de los mismos<sup>434</sup>.

---

<sup>432</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2009, p. 40.

<sup>433</sup> FERRAJOLI, Luigi. Óp. Cit. p. 39 y 40.

<sup>434</sup> “El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991. El juez de tutela

Otro de los grandes inconvenientes en el tema es la definición de los derechos fundamentales, pues la Corte Constitucional ha variado su postura y ha establecido múltiples criterios de distinción: desde afirmar que se trata de derechos subjetivos<sup>435</sup> o que se transmutan en subjetivos<sup>436</sup>

---

debe acudir a la interpretación sistemática, finalística o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una "especial labor de búsqueda" científica y razonada por parte del juez." Sentencia T 02 de 1992. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Alejandro Martínez Caballero

"Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela." Sentencia T-406 DE 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>435</sup> "Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos - directa o indirectamente - en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital." Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>436</sup> "Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que "la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad

hasta tener como criterio de definición que se trata de derechos esenciales e inalienables para la persona humana.<sup>437</sup>

En la sentencia T-227 de 2003<sup>438</sup>, con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, la Corte redujo a dos los criterios de distinción de los

---

concreta en favor de un sujeto específico”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 819 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>437</sup> “El primer y más importante criterio para determinar los derechos constitucionales fundamentales por parte del Juez de Tutela consiste en establecer si se trata, o no, de un derecho esencial de la persona humana.

El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política.

Los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona.

Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos.” Sentencia T-1306 de 2000. Corte Constitucional de Colombia. MP. Fabio Morón Díaz.

<sup>438</sup> “La Corte Constitucional no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de derechos fundamentales. Su postura ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Entre estos dos extremos se han presentado varias posturas teóricas. De la línea dogmática de la Corte Constitucional no es posible establecer un concepto claro y preciso de derecho fundamental. Ello no quiere decir que esta línea deba ser abandonada, sino que exige su sistematización, pues la Constitución no define qué se entiende como derechos fundamentales y, por otro lado, autoriza reconocer como tales, derechos no positivizados. A partir de dicho análisis es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).”

derechos humanos fundamentales, al afirmar que tienen tal calidad todos los que estén dirigidos a lograr la dignidad humana y sean traducibles en derechos subjetivos. En la sentencia T-859 de 2003<sup>439</sup>, con el mismo ponente, el máximo tribunal de constitucionalidad colombiano utilizó estos dos parámetros para establecer que el derecho a la salud podía llegar a ser un derecho fundamental autónomo. Para esclarecer si la acción de inconstitucionalidad es un derecho fundamental en sí mismo o es un mecanismo de protección de un derecho fundamental, se hace necesario responder al interrogante ¿Qué es un derecho subjetivo?

---

“El concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.”

“La existencia de consensos (en principio dogmática constitucional) en torno a la naturaleza fundamental de un derecho constitucional implica que prima facie dicho derecho se estima fundamental en sí mismo. Ello se explica por cuanto los consensos se apoyan en una concepción común de los valores fundantes de la sociedad y el sistema jurídico. Así, existe un consenso sobre el carácter fundamental del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad. Los consensos sobre la naturaleza fundamental de estos derechos claramente se explica por la imperiosa necesidad de proteger tales derechos a fin de que se pueda calificar de democracia constitucional y de Estado social de derecho el modelo colombiano. No sobra indicar que, en la actual concepción de dignidad humana, estos derechos son requisitos sine qua non para predicar el respeto por dicho valor.” Sentencia T 227 de 2003. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>439</sup> “La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” Sentencia T 859 de 2003. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

### 3.5.2 Derechos subjetivos

Esta es una clasificación jurídica aun controvertida y en la que no se ha logrado un consenso dentro de la teoría del derecho<sup>440</sup> (y la Corte Constitucional Colombiana así lo reconoce<sup>441</sup>). Sin embargo, su uso se requiere en aras de continuar con la investigación, debido al papel determinante dado por la Corte Constitucional colombiana, como criterio de distinción de los derechos fundamentales en el país.

Es importante, primero, determinar ¿qué significa tener un derecho?, para luego establecer ¿qué es tener un derecho subjetivo? Wesley Newcomb Hohfeld, puede ayudarnos a responder el primer interrogante. Este autor norteamericano demostró la imposibilidad de reducir las situaciones jurídicas ventajosas al esquema “*derecho- deber*” y para tal fin clasificó las situaciones ventajosas en: 1) tener una facultad, que implica para otro un correlativo deber, 2) tener una libertad, lo cual se traduce en una situación

---

<sup>440</sup> BOROWSKI, Martín. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 42.

<sup>441</sup> “Tampoco existe una definición única de derecho subjetivo. Sin embargo, la Corte ha considerado que todas las definiciones coinciden en que **(i)** debe existir una norma jurídica que reconozca el derecho o del que se pueda interpretar, **(ii)** el concepto de derecho involucra una obligación jurídica, **(iii)** así como un poder del titular del derecho para exigir el cumplimiento de dicha obligación del obligado.

La doctrina debate sobre si el poder de exigir el cumplimiento de la obligación requiere necesariamente la existencia de mecanismos judiciales de exigibilidad. En otras palabras, hay un debate doctrinario sobre si las garantías judiciales son un elemento de la estructura de los derechos subjetivos. Por una parte, **Kelsen** afirma que la facultad de demandar es una característica constitutiva del concepto de derecho subjetivo. Otros doctrinantes sostienen, por el contrario, que la exigibilidad judicial es consecuencia de tener un derecho. La Corte no pretende zanjar tampoco esta discusión; no obstante, reconoce que la creación de mecanismos judiciales de protección es una obligación para el legislador que se desprende de la consagración constitucional de un derecho fundamental y hace parte de su dimensión objetiva.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 372 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

de no-derecho de otro para obstaculizar la posibilidad de acción de aquel, 3) tener una competencia o potestad, lo que genera para otro una situación de sujeción, y 4) gozar de una inmunidad, lo que significa que respecto a su titular, otro está en posición de incompetencia.<sup>442</sup>

En el contexto actual suelen garantizarse las cuatro categorías ventajosas *Hohfeldianas* desde la noción de derechos subjetivos, pese a la imprecisión conceptual que esto puede acarrear.

Para responder el interrogante ¿qué es tener un derecho subjetivo?, se debe decir que tener un derecho subjetivo significa que para alguien existe una facultad derivada de una norma jurídica para exigir de otra persona o institución el cumplimiento de un deber específico impuesto por el derecho positivo, aun mediante el ejercicio de una acción judicial<sup>443</sup>. Lo característico de los derechos subjetivos es que su titular los pueda hacer efectivos ante los jueces.<sup>444</sup> El derecho subjetivo presenta los siguientes componentes: a) Un sujeto, titular del derecho o sujeto activo, b) Un sujeto obligado a respetar el derecho o sujeto pasivo, c) el objeto del derecho, d) un deber jurídico específico, en cabeza del sujeto pasivo y e) la facultad del sujeto activo de hacer valer, mediante un procedimiento judicial o administrativo, el deber a cargo del sujeto pasivo.<sup>445</sup>

---

<sup>442</sup> HOHFELD, Wesley. Los conceptos jurídicos fundamentales. Ciudad de México: UNAM, 1977. Citado por Tulio Elí Chinchilla. Óp. cit. p. 35.

<sup>443</sup> CHINCHILLA, Tulio Elí. Óp. Cit., p. 48.

<sup>444</sup> BOROWSKI, Martín. Óp. Cit., p. 42.

<sup>445</sup> CHINCHILLA, Tulio Elí. Óp. Cit., p. 49.

Es importante resaltar que el profesor Tulio Eli Chichilla, califica este último elemento como la garantía judicial o garantía subjetiva de acción y la equipara con la tutela judicial efectiva de los derechos, contenida en el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia, la cual entraña el derecho de poner en movimiento el aparato judicial del Estado a través de un recurso o de una acción<sup>446</sup>.

### 3.5.3 Derecho de acción

Chiovenda define la acción como el derecho de obrar correspondiente al particular para la defensa de aquel derecho insatisfecho.<sup>447</sup> Es un derecho público subjetivo y dirigido contra el Estado, para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia. Hoy separamos la acción procesal que se dirige contra el Estado, de la acción o pretensión de derecho privado que se actúa frente al individuo obligado, mientras que en el derecho romano la *actio* designaba ambas clases de acciones.<sup>448</sup>

Theodoro Muther define la acción como un derecho singular que existe como protección de uno originario y ante su violación se desprenden dos garantías de naturaleza pública, una de ellas del lesionado hacia el Estado para obtener la tutela que permita la reparación, y la otra del Estado hacia el lesionador para procurar la respectiva reparación. De manera más exacta Muther define el derecho de accionar como un derecho subjetivo

---

<sup>446</sup> CHINCHILLA, Tulio Elí. Óp. Cit., p. 50.

<sup>447</sup> CHIOVENDA. Giuseppe. La acción en el sistema de Derechos. Bogotá: Temis, 2011. p.3.

<sup>448</sup> GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil. 1936 p. 2 y 96

público por ser exigido al Estado, que presupone la existencia de una facultad en cabeza de una persona. El Estado tiene el deber de activar sus órganos jurisdiccionales, en aras de la protección efectiva del derecho.<sup>449</sup>

La Escuela Abstracta, liderada por Hugo Rocco, comienza a construir el concepto más moderno sobre el derecho de acción. Francesco Carnelutti empieza por definir la acción como un derecho que es autónomo al derecho sustancial y a la pretensión; anterior al proceso por ser un instrumento que surge luego de la violación y antes del litigio; subjetivo con calidad de derecho procesal por la existencia de un interés jurídicamente protegido que implica una obligación correlativa con justiciabilidad y, finalmente, abstracto por estar dirigido a cualquier ciudadano.<sup>450</sup>

Se llega así, al concepto moderno de acción proporcionado por Hugo Rocco y que consiste en el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional para hacer cierto o realizar coactivamente los intereses sustanciales tutelados en abstracto por el derecho objetivo. Adicional a ello se comienza a hablar del derecho de contradicción, que consiste en la acción del opositor, es decir, quien lesiona, para que la actividad jurisdiccional defina la existencia del derecho.<sup>451</sup>

---

<sup>449</sup> MUTHER, Theodoro. La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar, p.200

<sup>450</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituciones. Tomo 1. Buenos Aires: EJE. p.315

<sup>451</sup> QUINTERO DE PRIETO, Beatriz. El Derecho de Acción. En: Revista Universidad de Medellín. Medellín. N° 55.p. 120 y 121.

Couture la define como el poder jurídico de todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.<sup>452</sup> Asegura que ese poder jurídico se encuentra consagrado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. De otro lado, Aftalión la define como un derecho más general de petición, en el que se encuentra reglamentado la prestación de la jurisdicción por parte del Estado, corresponde al Estado por ser él quien monopoliza la coacción y debe juzgar, ejercer jurisdicción y resolver conforme a la norma el caso sobre el cual se hace la petición.<sup>453</sup>

Para Hernando Devis Echandía, la acción cumple con las siguientes características:

a. Es un derecho subjetivo que impone la correlativa obligación al Estado, representado por el juez competente de conocer de ella, de prestar el servicio de la jurisdicción al actor y no un simple poder, una facultad inherente al derecho de libertad o a la personalidad, que pertenece a todas y cada una de las personas físicas o jurídicas que quieran recurrir al Estado para que les preste el servicio público de su jurisdicción, cualquiera sea la razón o el derecho material que se alegue. Esas cuestiones deben examinarse solo para determinar si la sentencia debe ser de fondo y favorable o desfavorable al demandante, o en excepciones previas cuando la ley lo autorice, pero no pueden excluir la titularidad de la acción.

---

<sup>452</sup> QUINTERO DE PRIETO, Beatriz. Óp. Cit. p. 132.

<sup>453</sup> QUINTERO DE PRIETO, Beatriz. Óp. Cit. p. 135 y 136.

b. Es un derecho autónomo, público, individual y abstracto, que pertenece al grupo de los derechos cívicos, cuya raíz se encuentra en las garantías constitucionales, de particular frente al Estado, y cuyo origen puede ser el derecho general de petición a la autoridad de origen constitucional.

c. Sujetos de la acción son únicamente el actor (sujeto activo) y el Estado a quien se dirige a través del juez, que es el órgano mediante el cual actúa (sujeto pasivo).

d. Su fin es proteger primordialmente el interés público en tutela del orden jurídico y en la paz y armonía sociales, solo secundariamente tutela el interés privado del actor.

e. Su objeto es iniciar un proceso y mediante él obtener sentencia que resuelva (inhibitoria o de fondo, favorable o no, condenatoria o absolutoria).

f. La relación de jurisdicción contenciosa es, pues, doble: relación de acción (entre el Estado y el demandante o ministerio público cuando promueve el proceso pena y la parte civil en este, por un lado) y relación de contradicción (entre el demandado o sindicado, y Estado).

La relación de jurisdicción voluntaria es simple (relación de acción únicamente).

g. Se distingue el derecho material subjetivo y de la pretensión que se busca satisfacer y que aparece en las peticiones de la demanda; también de la imputación hecha al sindicado o imputado.

h. Pertenece a toda persona material o jurídica, por el solo hecho de querer recurrir a la jurisdicción del Estado, pues existe siempre un interés público que le sirve de causa y fin, como derecho abstracto que es.” <sup>454</sup>

No le asiste razón a la Corte Constitucional al decir que la acción de inconstitucionalidad es “pública” por no ser reservada o privada,<sup>455</sup> pues allí está confundiendo el sujeto activo de la acción: “el ciudadano”, con el sujeto pasivo: “el Estado”, si lo público de la acción de inconstitucionalidad dependiese de su legitimación activa, entonces la acción de inconstitucionalidad no lo sería, pues de su ejercicio están excluidos los menores de edad, los extranjeros, las personas jurídicas, los condenados por sentencia penal. Lo público tampoco puede depender del interés buscado, pues aunque en teoría el interés es la supremacía del orden constitucional, en la práctica es posible que el accionante que demanda

---

<sup>454</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Tomo I. Teoría general del proceso. Décima edición. Bogotá: ABC, 1985. p. 188 y ss.

<sup>455</sup> “*En Resumen*, la acción de inconstitucionalidad, inherente al constitucionalismo colombiano, tiene como esencial y fundamental característica la *naturaleza pública*. Esta implica que es una acción para los co-asociados en general, directamente para aquellos sobre los que recaiga la calidad de ciudadano, es para todos los ciudadanos en ejercicio, es decir no es exclusiva, reservada o privada. Así las cosas, aquel ciudadano en ejercicio que ejerza la acción pública referida —en aras del principio democrático y pluralista (art. 95 numeral 5 Constitucional) — no busca en momento alguno defender intereses particulares, concretos o específicos sino por el contrario, se pretende defender un interés público radicado principalmente en el orden constitucional objetivo, es decir que la constitución trascienda su contenido formal y se haga efectivo su contenido material.” Sentencia C- 323 de 2006.

una norma ante la Corte Constitucional busque un interés personal.<sup>456</sup> Teniendo en cuenta la definición y caracterización de Devis Echandía, podemos concluir que lo “público” de la acción de inconstitucionalidad radica en que procede ante el Estado, pero esto es redundante, ya que toda acción es pública pues el sujeto pasivo siempre es el Estado.

La acción es una, aunque en el lenguaje constitucional se hable de “acción de tutela”, “acción popular”, “acción de cumplimiento” o “acción de inconstitucionalidad”. Las pretensiones pueden ser muchas; en el caso que nos ocupa la pretensión es que la Corte Constitucional declare una norma inexecutable por contradecir los preceptos constitucionales. Además, la acción de inconstitucionalidad es un derecho subjetivo en sí mismo, independiente del derecho sustancial que busca proteger.

La acción de inconstitucionalidad es parte integral del sistema procesal que debe garantizar la tutela efectiva constitucional. Como acción es un derecho subjetivo de carácter procesal, además lleva implícita la protección de la dignidad humana del individuo dentro del Estado constitucional y democrático de derecho. Es un instrumento que le permite al ciudadano, como ser individual o parte de un colectivo, discriminado o vulnerado, defenderse de los posibles abusos o excesos de las mayorías parlamentarias o el Gobierno Nacional, en aras de hacer efectiva la

---

<sup>456</sup> A finales del 2009, la entonces concejala de Bogotá Gilma Jiménez con un clarísimo interés personal demandó el artículo 13 del acto legislativo 01 del mismo año, que la inhabilitaba para aspirar al Senado de la República, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C- 040 de 2010, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, declaró inexecutable la citada norma, permitiéndole, a la hoy Senadora Jiménez, su inscripción.

supremacía e integridad de la Constitución<sup>457</sup> y no es raro que una acción reciba en sí misma el rango de fundamental, pues la Corte Constitucional ha llamado así a otras acciones, como por ejemplo la de tutela.<sup>458</sup>

Es posible que, a través de la acción de inconstitucionalidad, el ciudadano haga posible su ideal de dignidad humana acorde con las seis líneas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional:<sup>459</sup> 1) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiera). 2)

---

<sup>457</sup> Es importante resaltar cómo grupos y sectores sociales, históricamente marginados, han obtenido triunfos relevantes con el ejercicio de acciones de inconstitucionalidad, es el caso de las mujeres con la despenalización del aborto en 3 circunstancias específicas, así como los derechos que han ido adquiriendo las parejas del mismo sexo por vía jurisprudencial. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas. Otras decisiones de este mismo tribunal son: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil. C-811 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C-336 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>458</sup> “El acudir a la acción de tutela es, en sí mismo, un derecho fundamental cuyo ejercicio no puede ser negado a persona alguna, entre otras razones por la muy poderosa de que al hacerlo se obstruiría el acceso del individuo a la administración de justicia, que es igualmente un derecho fundamental, máxime si la obstrucción afecta la posibilidad de la defensa de otros derechos fundamentales.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T -543 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>459</sup> “Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.” Sentencia T- 881 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). 3) La dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). 4) La dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado; en este sentido, la dignidad como valor. 5) La dignidad humana entendida como principio constitucional. 6) La dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.<sup>460</sup> Con lo anterior, se concluye que la acción de inconstitucionalidad en Colombia es un derecho fundamental en sí mismo, pues cumple con las exigencias de ser un derecho subjetivo y estar encaminado a la protección de la dignidad humana dentro del contexto de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho<sup>461</sup>, pero no es un derecho que recaiga en toda persona, sino en quienes ostenten la ciudadanía; por lo tanto, es un derecho fundamental de los ciudadanos. Permite la adecuación de los actos reformativos de la Constitución, las leyes y los decretos con fuerza material de ley a los parámetros constitucionales. El Estado constitucional se justifica desde el respeto a la dignidad humana y la acción de inconstitucionalidad es uno de los

---

<sup>460</sup> Algunos ejemplos de acciones de inconstitucionalidad que permitieron la realización de la Dignidad Humana son: C- 542 de 1993, C- 221 de 1994, C- 239 de 1997, C- 045 de 1998 y C- 521 de 1998. Sin embargo puede considerar que toda acción de inconstitucionalidad lleva implícita la intención de efectivizar la Dignidad Humana al tener como gran pretensión, la preservación del orden constitucional donde la Dignidad Humana es el principio rector.

<sup>461</sup> “El Estado constitucional realiza la dignidad humana haciendo a los ciudadanos sujetos de su atención. En este sentido, la dignidad humana es la biografía desarrollada y en desarrollo de la relación entre el ciudadano y el Estado (y con la desaparición de la separación entre Estado y sociedad, de la relación Estado/sociedad- ciudadanos). Aquí reside la justificación (parcial) de destacar a la dignidad humana como la auto presentación exitosa de una persona constituida en individuo y, por lo tanto, como logro propio de cada ser humano en individual”. HÄBERLE. Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 291 y 292.

mecanismos para conservar al Estado Constitucional y a la misma dignidad humana.<sup>462</sup>

Para entender por qué la Constitución de 1991 situó a la acción de inconstitucionalidad dentro de los derechos del ciudadano, se requiere estudiar una categorización bastante usada por la doctrina, pero que a veces pasa inadvertida conceptualmente: la diferencia entre derechos civiles y derechos políticos; para construir esta diferenciación se tomarán como punto de partida las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, periodo histórico determinante para el constitucionalismo moderno y la conceptualización de los derechos de primera generación.<sup>463</sup>

Las constituciones de finales del siglo XVIII, como la norteamericana de 1787 y la francesa de 1791, se preocuparon porque la existencia y reglamentación de los derechos, que para la época llamaban naturales, no dependiesen de su consagración en la Constitución, sino que fuesen previos a cualquier acto constituyente en una clara remisión al *ius-naturalismo* racionalista y la creencia de la existencia de derechos precontractuales de corte *lockeano* y *rousseauiano*.<sup>464</sup>

---

<sup>462</sup> “Es previsible que ante una serie de nuevas reivindicaciones, que tiene como eje el respeto a la dignidad, se generalice la incorporación constitucional del precepto germano. El derecho a la intimidad, que justifica algunos aspectos del derecho a la información; las preferencias sexuales, y las decisiones sobre la disposición de la vida, como la eutanasia, son algunos ejemplos de cuestiones que están directamente relacionadas con la protección jurídica de la dignidad.” HÄBERLE. Peter. Óp. Cit. p. 61.

<sup>463</sup> CAPELLA, Juan Ramón. La fruta prohibida. Una aproximación histórico- Teorética al estudio del derecho y del Estado. Madrid: Trotta, 1997. p. 106 y ss.

<sup>464</sup> “Estas cláusulas, debidamente entendidas, se reducen todas a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la humanidad; porque, en primer lugar, dándose cada uno por entero, la condición es la misma para todos, y siendo la condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los demás”. JUAN JACOBO ROUSSEAU, El contrato social. Madrid: Espasa. p. 45.

Para los revolucionarios norteamericanos y franceses, quienes bebieron de las ideas contractualistas, los derechos naturales no son creados por la Constitución, pues de ser así, esta los podría limitar, e incluso suprimir. Los derechos son previos a la Constitución. La enunciación de derechos no tiene carácter constitutivo sino de reconocimiento.<sup>465</sup>

Los norteamericanos van más allá y desde Hamilton existe el temor de enunciar los derechos<sup>466</sup>, de ahí que la Constitución de los Estados Unidos guarde inicialmente silencio sobre el tema de los derechos humanos y que los mismos se constitucionalicen solo a partir de las diez primeras enmiendas.

La constitucionalización de derechos traerá consigo el reconocimiento y las garantías de los mismos, no como meras expectativas sino con exigibilidad normativa jurídica, convirtiéndose en límites al ejercicio del poder. El reconocimiento de los derechos humanos va unido a la

---

“Para entender rectamente el poder político, y derivarlo de su origen, debemos considerar en qué estado se hallan naturalmente los hombres todos, que no es otro que el de perfecta libertad para ordenar sus acciones, y disponer de sus personas y bienes como tuvieran a bien, dentro de los límites de la ley natural, sin pedir permiso o depender de la voluntad de otro hombre alguno”. JOHN LOCKE. Ensayo sobre el gobierno civil. Ciudad de México: Porrúa, 2005. p. 3.

<sup>465</sup> D’ ATENA, Antonio. La vinculación entre constitucionalismo y la protección de derechos humanos. En: revista de derecho constitucional europeo. N° 1. 2004. p. 296-306.

<sup>466</sup> “Voy más allá, y afirmo que las declaraciones de derechos, en el sentido y en la medida en que se disputaban, no sólo son innecesarios en el proyecto de Constitución, sino que incluso podría ser peligroso”. El federalista N° 84.

evolución y consolidación de los preceptos separación de poderes y Constitución.<sup>467</sup>

#### 3.5.4 Derechos civiles y políticos

Hoy, se considera que los derechos civiles y políticos<sup>468</sup> son derechos fundamentales, pero que no recaen en toda persona, pues los primeros están condicionados a la capacidad de obrar y los segundos pertenecen a quienes ostenten la calidad de ciudadanos. Es después de las grandes revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII que se empieza a hablar de este tipo de derechos. Son derechos civiles: la libertad contractual, la

---

<sup>467</sup> “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”. Artículo 16, Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

<sup>468</sup> “De este modo, la distinción entre comunidad política y comunidad social se convierte en una garantía para el ejercicio de los derechos y en una fuente de participación para integrar las formas de gobierno. Dos dimensiones diferentes del rol que desempeña un individuo en una comunidad. De una parte, como individuo se le debe el reconocimiento de su calidad de persona la cual lo hace acreedor de un trato digno conforme a su condición de ser humano y de otra, como miembro activo de la comunidad política se le deben reconocer los derechos políticos conforme a su condición de ciudadano que hace parte de una organización política. Articular los principios de igualdad y participación, estrechamente vinculados a los regímenes fundados en la soberanía popular (Preámbulo, artículos 1º y 3º de la Constitución Política), conducen a una consecuencia básica: “... Todos los ciudadanos son iguales y por lo tanto su participación en el debate público debe tener el mismo valor y condición”. En esta igualdad de condición que crea la igualdad de participación tiene fundamento la regla de una persona un voto. Así las cosas, si los votos configuran la base de la deliberación democrática y participativa, entonces los procedimientos democráticos no pueden crear mecanismos de distinción o preferencias porque atentan contra la igualdad de las personas al conferir diferente peso a los intereses, preferencias y valores de los individuos, lo cual impide que en el proceso democrático se alcancen decisiones legítimas. En estas condiciones de funcionamiento y sentido ético de la democracia, la importancia de la regla una persona un voto no puede desconocerse ni limitarse sin crear discriminaciones injustificadas y obstáculos a la participación que atentan contra la construcción de un consenso demodeliberativo.” Sentencia C 522 de 2002. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado.<sup>469</sup> Se encuentran especialmente consagrados en la legislación civil, comercial y laboral<sup>470</sup> y hacen parte de la esfera de lo privado.

Los derechos políticos, también denominados derechos de participación política, le permiten al ciudadano actuar dentro del contexto del poder público, como sujetos miembros de una comunidad política denominada Estado.<sup>471</sup> Hacen parte de este grupo de derechos el voto, el derecho a ser elegido, el derecho a ocupar empleo o cargo público y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política, sobre los que se fundan la representación y la democracia política<sup>472</sup> y que hacen parte de la esfera de lo público.

Para entrar a ser parte de las relaciones propias de la esfera de lo privado se requiere ser persona con capacidad de obrar, para ser parte de las relaciones de la esfera de lo público<sup>473</sup> se requiere ser ciudadano. Los conceptos de capacidad de obrar y ciudadanía serán determinantes a la hora de establecer quiénes son sujetos de derechos civiles y quiénes de

---

<sup>469</sup> FERRAJOLI, Luigi. óp. Cit. p. 40.

<sup>470</sup> PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho constitucional colombiano. Bogotá: TEMIS, 2004. p. 274.

<sup>471</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. Derecho constitucional colombiano. Bogotá: Ibáñez, 2008. p. 112.

<sup>472</sup> FERRAJOLI, Luigi. Óp. Cit. p. 40.

<sup>473</sup> Para más información sobre el concepto de “esferas privada y pública”, ver: CAPELLA, Juan Ramón. Óp. Cit. p. 110.

derechos políticos. Las relaciones en la esfera de lo privado serán entre desiguales: “empleador y empleado”, “comprador y vendedor”, “arrendatario y arrendador”, entre otros. Las relaciones en la esfera de lo público serán entre iguales: “los ciudadanos”<sup>474</sup>. Según la Constitución son ciudadanos las personas naturales nacionales de Colombia y el ejercicio de la ciudadanía se obtiene a los 18 años, con lo que la Constitución implícitamente hace una distinción entre ciudadano y ciudadano en ejercicio.<sup>475</sup> Según la Corte Constitucional colombiana son titulares de derechos políticos los nacionales que gozan de ciudadanía.<sup>476</sup> La Constitución también establece una amplia gama de derechos de los ciudadanos,<sup>477</sup> es decir, derechos políticos,<sup>478</sup> entre los que se encuentra el de instaurar acciones en defensa de la Constitución y de la ley.

---

<sup>474</sup> CAPELLA, Juan Ramón. Óp. Cit. p. 113

<sup>475</sup> “La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad, y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley.

Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la ciudadanía, podrán solicitar su rehabilitación.

Parágrafo. Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años.” Artículo 98 Constitución Política de Colombia.

<sup>476</sup> “Son ciudadanos los nacionales mayores de dieciocho años (18), de conformidad con el parágrafo del artículo 98 de la Carta.

La ciudadanía es el nexo que une al Estado con un nacional para efectos de concederle derechos y obligaciones políticas, siempre que la persona reúna los requisitos exigidos al efecto por la ley.

Pues bien, sólo los ciudadanos pueden ejercer los derechos políticos.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 03 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>477</sup> “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la información, ejercicio y control del poder político. para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

Teniendo en cuenta lo anterior, la acción de inconstitucionalidad hace parte de la esfera de lo público, acorde con lo establecido por la Constitución Política de Colombia, al ser parte del control al poder público ejercido por quienes ostentan la calidad de ciudadanos. El fin perseguido es superior al personal y no es otro que la supremacía efectiva de la Constitución (aunque no siempre sea así). Se puede concluir entonces que la posibilidad ciudadana de acudir ante la Corte Constitucional para demandar una norma, es un derecho político que se hace efectivo en un escenario diferente al electoral. Lo anterior explica por qué no tienen legitimidad activa para instaurar acciones de inconstitucionalidad las personas jurídicas, los menores de edad, los extranjeros y en fin, todos aquellos que no tienen la calidad de ciudadanos.

---

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.

4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

La autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios en la administración pública.” Artículo 40 Constitución Política de Colombia.

<sup>478</sup> “En efecto, el concepto inicial que restringía los derechos políticos a "elegir y ser elegido", se supera y adiciona con otra importante dimensión del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. A saber, la facultad de tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación; constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas; revocar el mandato de los elegidos, tener iniciativa en las corporaciones públicas e interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

### 3.5.5 Derecho a la supremacía efectiva de la Constitución

Los estados constitucionales y democráticos de Derecho están sustentados en el principio de la supremacía constitucional. En ellos, la validez de las normas está sujeta a la Constitución, que no debe entenderse solo como el documento creado por la autoridad constituyente, es decir, la Constitución en sentido formal sino, además, como el conjunto de valores, principios y derechos que forman un cuerpo normativo de mayor extensión denominado Constitución, en sentido material. La Constitución, en ambos sentidos, sirve de límite al ejercicio del poder estatal y de garantía inherente e intransferible de cada uno de los individuos que integran el Estado.<sup>479</sup>

La jurisdicción, puede definirse como la función específica estatal por la cual el poder público satisface pretensiones,<sup>480</sup> en el caso de la jurisdicción constitucional diremos entonces que es el conjunto de competencias atribuidas a una o varias autoridades, encaminadas a hacer efectiva la supremacía de la Constitución. En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha elevado a la categoría de derecho fundamental esta pretensión y ha hablado del derecho a la vigencia efectiva y cierta de la

---

<sup>479</sup> "La integridad y supremacía de la Constitución ha sido considerada como *"un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas se concede a ellas por la Constitución para vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas."* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -560 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>480</sup> GUASP. Jaime. "Derecho Procesal Civil". Madrid: Civitas, 1961, tomo 1, p. 105.

Constitución,<sup>481</sup> es entonces la acción de inconstitucionalidad uno de los mecanismos que hace efectivo este derecho.<sup>482</sup>

### 3.5.6 Derecho a la tutela efectiva

El derecho a la tutela efectiva es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, le permite a acceder a los órganos jurisdiccionales del Estado<sup>483</sup> en aras de la protección de sus derechos o la satisfacción de sus intereses, dentro del marco de un proceso con garantías mínimas.<sup>484</sup> Se

---

<sup>481</sup> “El primer derecho de todo nacional es el que tiene a la vigencia efectiva y cierta de la Constitución Política. Y el mecanismo del control de constitucionalidad, que en Colombia tiene una de sus expresiones en los procesos que ante esta Corte se surten a partir del ejercicio de la acción pública, busca hacer efectiva la supra legalidad de la Constitución y posibilita el libre ejercicio de ese derecho ciudadano”. Sentencia C- 536 de 1998, M.P, José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>482</sup> “Así las cosas, la posibilidad de interponer dicha acción constitucional se convierte no sólo en sustento trascendental del ordenamiento jurídico colombiano sino en un derecho de naturaleza política ( Art. 40 numeral 6 ) el cual “ *tiene por objeto la preservación del orden institucional en sí mismo, con independencia de intereses individuales propios o ajenos, lo que significa que está reservada a los nacionales colombianos y, entre éstos, a quienes hayan alcanzado la ciudadanía y estén en el ejercicio de ella.* De ahí que esta Corte haya calificado dicho derecho como “El primer derecho de todo nacional es el que tiene a la vigencia efectiva y cierta de la Constitución Política.” Sentencia C-323 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>483</sup> “El acceso a la administración de justicia implica, entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>484</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1985. p. 27.

debe entender en conjunto con otros derechos importantes como lo son el debido proceso y el derecho a la jurisdicción, que combinados determinan la defensa efectiva de los ciudadanos. El derecho a la tutela efectiva se constituye como un derecho fundamental inviolable por los poderes estatales que consiste en el acceso a la jurisdicción en caso de lesión o daño a un derecho, compuesto también por el derecho a invocar y obtener una tutela jurisdiccional adecuada, obteniendo una efectiva decisión del caso concreto por parte del organismo judicial.<sup>485</sup> Por ello, para una efectividad adecuada se deben establecer medidas y procedimientos idóneos que permitan dar con decisiones judiciales seguras y consensuales, cuando esto sea así podremos afirmar que estamos en presencia de uno de los elementos fundamentales del Estado constitucional.

En efecto, la tutela efectiva puede ser definida como el conjunto de garantías procesales que permiten la consolidación de un derecho, pues la sola consagración de un derecho no asegura su disfrute, es necesario que exista un conjunto de garantías de naturaleza procesal que le permita al individuo, en caso de amenaza o vulneración, poder acudir ante la autoridad jurisdiccional y exigir la protección del derecho. Como se ha visto la acción de inconstitucionalidad en Colombia al ser un derecho subjetivo encaminado al logro de la Dignidad Humana y de naturaleza política, se configura en un derecho fundamental ciudadano, pero además es parte del conjunto de garantías que hacen posible la tutela efectiva del derecho fundamental a la Supremacía de la Constitución.

---

<sup>485</sup> DE OLIVEIRA, Álvaro. El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales. En: Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, 22, año 2009, p. 185-201.

### 3.5.7 Mecanismos de participación ciudadana

La participación ciudadana es una constante en la Constitución Política colombiana.<sup>486</sup> En el preámbulo, el constituyente de 1991 expresa su deseo de establecer desde la Constitución un marco jurídico, democrático y participativo. El artículo 1° declara a Colombia, entre otras cosas, como una República participativa; el artículo 2° consagra, como un fin esencial del Estado, facilitar la participación de todos en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

Nuestro texto constitucional le da el rango de derecho<sup>487</sup> y deber<sup>488</sup> a la posibilidad ciudadana de participar en la vida política, cívica y comunitaria y en la conformación, ejercicio y control del poder político.

---

<sup>486</sup> “La Corte entiende que la participación como derecho de los ciudadanos y eje medular del ordenamiento constitucional vigente implica (i) el deber del Estado de abstenerse de adoptar medidas de cualquier tipo que impidan el libre ejercicio de la participación por parte de ciudadanos y organizaciones sociales, (ii) el deber de adoptar medidas de todo tipo que eviten que las autoridades públicas o los particulares interfieran o afecten el libre ejercicio de las facultades en cuyo ejercicio se manifiesta la participación y (iii) el deber de implementar medidas que procuren optimizar el desarrollo de las diversas formas de participación y que, al mismo tiempo, eviten retroceder injustificadamente en los niveles de protección alcanzados. Estos deberes del Estado se concretan en deberes específicos a los que a continuación la Corte se refiere: (i) El deber de abstenerse de estatizar la democracia y, en consecuencia, la obligación de proteger el pluralismo, (ii) Deber de promover formas de participación democrática que comprendan no solo la intervención de partidos o movimientos políticos sino también de organizaciones sociales de diferente naturaleza. (iii) Deber de promover estructuras democráticas en las diferentes formas de organización social. (iv) Prohibición, que vincula a todos los órganos públicos, funcionarios y particulares, de eliminar alguna de las dimensiones de la democracia. (v) Mandato de no sustituir a las autoridades estatales competentes en el desarrollo de actividades de control.” Sentencia C 150 de 2015. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>487</sup> “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

- 
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
  3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
  4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
  5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
  6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
  7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”. Constitución Política de Colombia, artículo 40 C.P.

<sup>488</sup> La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;

La Constitución de 1991 le confiere protección reforzada a los procedimientos de intervención popular<sup>489</sup> y confía en la ley la reglamentación de las formas y sistemas que le permitan al ciudadano vigilar la gestión pública<sup>490</sup> y los mecanismos de participación ciudadana,<sup>491</sup> dando a estos últimos una connotación especial al exigir que su regulación tenga que darse por ley estatutaria.<sup>492</sup>

---

9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.” Constitución Política de Colombia, artículo 95 C.P.

<sup>489</sup> “Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral” Constitución Política de Colombia, artículo 377 C.P.

<sup>490</sup> “La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.” Constitución Política de Colombia, artículo 270 C.P.

<sup>491</sup> “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.” Constitución Política de Colombia, artículo 103 C.P.

<sup>492</sup> “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias

a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;

b. Administración de justicia;

c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;

d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;

Las leyes 134 de 1994 y 1755 de 2015 establecen que pueden existir otros mecanismos de participación ciudadana y otros derechos políticos, diferentes a los establecidos en dicha norma,<sup>493</sup> lo que lleva a concluir que para el legislador la enunciación de los derechos políticos y los mecanismos de participación ciudadana, no es taxativa ni desde la Constitución, ni desde la ley.

La jurisprudencia sustenta los mecanismos de participación ciudadana en el principio democrático,<sup>494</sup> que no solo se aplica en el contexto electoral, sino a muchos otros, tales como el individual, familiar, económico, social y político. Por lo tanto, y según lo dicho por la Corte Constitucional, los mecanismos de intervención ciudadana no se limitan a aquellos

---

e. Estados de excepción.

f. Igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

g. Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la Constitución, de conformidad con el presente acto legislativo.” Constitución Política de Colombia, artículo 152 C.P.

<sup>493</sup> “La regulación de estos mecanismos no impedirá el desarrollo de otras formas de participación ciudadana en la vida política, económica, social, cultural, universitaria, sindical o gremial del país ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta ley”. Artículo 1°, ley 134 de 1994.

<sup>494</sup> “La breve relación anterior de las normas constitucionales sobre las que se edifica la democracia participativa, es suficiente para comprender que el principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación de poder social. El principio democrático es expansivo, pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 089 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

enunciados en el artículo 103 del texto constitucional, denominados mecanismos de participación directa, sino que deben ampliarse a las instituciones que aseguren la participación real del ciudadano en todos estos campos.<sup>495</sup>

Para la Corte Constitucional los mecanismos de participación ciudadana deben cumplir con los siguientes objetivos:<sup>496</sup>

a. **Realizar el ideal del estado democrático de derecho, de permitir el acceso de todo ciudadano a los procesos de toma de decisiones políticas:** en el caso de la acción de inconstitucionalidad se le permite al ciudadano ir más allá y no solo participar en la toma de decisiones, sino cuestionar decisiones normadas.

b. **Permitir el ejercicio de un control político, moral y jurídico de los electores por parte de los elegidos, sin intermediarios, con lo que**

---

<sup>495</sup> “No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>496</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

**se sanciona eficazmente la corrupción administrativa y el uso del poder en interés particular:** es la acción de inconstitucionalidad tal y como lo dice la Constitución en el artículo 40, parte del sistema que le permite al ciudadano ejercer control sobre el poder político.

c. **Hacer posible la construcción de un sistema político abierto y libre, donde el ciudadano tenga canales efectivos de expresión, que no excedan los límites de lo razonable:** una acción que tiene más de 100 años de vigencia en Colombia, tiene gran potencial de efectividad como mecanismo de control ejercido por los ciudadanos sobre los actos reformativos de la Constitución, leyes y algunos decretos con fuerza material de ley.

d. **Propender por la solución de conflictos entre los órganos del poder público, acudiendo a la instancia política del electorado.** los ciudadanos son los destinatarios de las reformas constitucionales, las leyes, los decretos de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso al Gobierno Nacional y el decreto plan nacional de inversiones; que estos puedan acusar ante la Corte Constitucional estas normas por contrariar a la Constitución representa un claro control del electorado sobre las normas realizadas por los elegidos.<sup>497</sup>

---

<sup>497</sup> Aunque la Corte, en este caso, se está refiriendo a los mecanismos de participación ciudadana contenidos en el artículo 103, puede ampliarse su interpretación a otras instituciones, que al igual que estos, permiten la intervención ciudadana en el campo político. Ver: "En efecto, el concepto inicial que restringía los derechos políticos a "elegir y ser elegido", se supera y adiciona con otra importante dimensión del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. A saber, la facultad de tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación; constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas; revocar el mandato de los elegidos, tener iniciativa en las corporaciones públicas e interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Es posible concluir, tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana en reiteradas sentencias, que la acción de inconstitucionalidad es un mecanismo de participación ciudadana,<sup>498</sup> no expreso en el artículo 103 de la Constitución Política de Colombia, ni desarrollado por las leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015, que regulan los mecanismos de participación ciudadana y buscan hacer efectivo el principio democrático.

### 3.6 Límites de la acción de inconstitucionalidad en Colombia

En el presente trabajo se ha dicho que la acción de inconstitucionalidad es un derecho fundamental de carácter político, una garantía para hacer efectivo un derecho fundamental que es el acceso a la supremacía constitucional y un mecanismo de participación ciudadana. La Constitución Política de Colombia consagra protección reforzada para los derechos fundamentales, sus garantías procesales y los mecanismos de participación ciudadana, estableciendo para ellos: primero, reserva de ley estatutaria<sup>499</sup> y segundo, referendo obligatorio.<sup>500</sup>

---

<sup>498</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-761 de 2009. Asimismo, entre muchas sentencias: C -03 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero, C 275 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández, C -1338 de 2000. M.P. María Cristina Pardo Schlesinger, C-1095 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-1143 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas, C -708 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, A. 114 de 2004. M.P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes, C 865 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-405 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>499</sup> Artículo 152 de la Constitución Política de Colombia: “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) Administración de justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana. e) Estados de excepción...” Subrayado fuera de texto.

En el primer supuesto, si se van a regular algunos de los derechos catalogados como fundamentales, sus mecanismos de protección y los procedimientos de participación popular, debe hacerse por ley estatutaria, lo que implica un trámite exigente y complejo en relación con la legislación ordinaria; en el segundo supuesto, si se reforman los derechos contenidos en capítulo I del título II de la Constitución, sus garantías o los procedimientos de participación popular (y como se dijo antes la acción de inconstitucionalidad es las tres cosas), el pueblo puede pedir la realización de un referendo en los términos del artículo 377 de la Constitución,<sup>501</sup> para que se determine si está o no de acuerdo con la reforma. Ambas instituciones: los temas sujetos a ley estatutaria y el referendo obligatorio, buscan proteger a los ciudadanos de las mayorías parlamentarias<sup>502</sup>. Pero ¿cuáles son los derechos con esta reserva? tal y como lo ha afirmado la Corte, no son otros que los derechos individuales que hacen parte del

---

<sup>500</sup> Artículo 377 de la Constitución Política de Colombia: “Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.”. Subrayado fuera de texto. Debe aclararse que no toda reforma realizada a los temas enunciados en el anterior artículo debe consultársele al pueblo. El referendo se hace obligatorio solo si dentro de los seis meses posteriores a la promulgación del acto reformatorio de la Constitución, el pueblo pide en un número no menor al 5% del censo electoral, que lleve a cabo dicha consulta.

<sup>501</sup> “Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.” Artículo 377 Constitución Política de Colombia.

<sup>502</sup> CHINCHILLA, Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Segunda edición. Bogotá: Temis, 2009. p. 218.

capítulo I del título II de la Constitución y que llevan por nombre “de los derechos fundamentales”<sup>503</sup>, los mismos sobre los que recae el referendo obligatorio. Se puede concluir entonces que quien puede regular los derechos fundamentales contenidos en el capítulo I del título II de la Constitución, sus mecanismos de protección y los mecanismos de participación ciudadana, es el Congreso de la República, quien no puede hacerlo mediante cualquier trámite, solamente a través de ley estatutaria. Además, en el contexto internacional los derechos fundamentales deben ser garantizados por recursos efectivos que le permitan al individuo el goce y disfrute de los mismos, tal y como lo consagra la convención americana de los derechos humanos<sup>504</sup>.

Sin embargo, a nivel interpretativo es posible que la Corte Constitucional limite el ejercicio de un derecho con el propósito de garantizar otro o la búsqueda de un fin constitucional mayor. En estos casos la propia Corte Constitucional ha establecido la necesidad de existencia de mecanismos idóneos y eficaces de protección de los derechos humanos fundamentales y cualquier retroceso en las garantías de éstos, debe someterse a un estricto escrutinio de constitucionalidad, en aras de que la medida

---

<sup>503</sup> Ver: Corte Constitucional de Colombia. sentencias: C -145 de 1994, C -408 de 1994 y C -311 de 1994.

<sup>504</sup> “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” Artículo 8, Convención americana de los Derechos Humanos.

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” Artículo 25, Convención americana de los Derechos Humanos.

regresiva no implique un sacrificio desproporcionado de principios y derechos fundamentales.<sup>505</sup>

Se hace necesario entonces establecer si la Corte puede limitar el acceso ciudadano a esta institución en los casos de los condenados y en el establecimiento de exigentes requisitos de procedibilidad de esta acción, para tal fin se hará uso del test de razonabilidad que, según lo que la misma Corte ha dicho, permite justificar cuándo es aceptable que un poder

---

<sup>505</sup> “1. Como se indicó en apartes previos, la previsión de garantías judiciales para la exigibilidad de los derechos fundamentales es una obligación del Estado que se desprende de la dimensión objetiva de estos derechos. Igualmente, es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Ahora bien, la implementación de tales garantías es una actividad que requiere no solamente la expedición de normas que regulen la materia, sino también la creación de una institucionalidad que permita resolver de manera oportuna las controversias traídas ante la jurisdicción, y de la destinación de recursos para mantener y ampliar esa institucionalidad en la medida que las demandas de justicia crezcan. Por tanto, la previsión de garantías judiciales para hacer justiciables los derechos fundamentales es una faceta prestacional y de desarrollo progresivo”

3. Ciertamente, como se indicó en la sentencia C-318 de 1996, la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales “(...) *apareja, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado*”. En consecuencia, es una obligación de naturaleza prestacional que depende para su plena realización de que el Legislador defina los cauces que permitan su ejercicio y destine los recursos necesarios para el efecto.

4. En tanto la previsión de garantías judiciales para la realización de los derechos fundamentales comprende ciertos contenidos prestacionales, su desarrollo está sujeto al principio de progresividad y no regresión. Esto significa que una vez ampliado el ámbito de cobertura de tales garantías, cualquier retroceso debe someterse a un escrutinio estricto de constitucionalidad en el que el juez constitucional debe examinar minuciosamente la justificación en la que se basa la medida. La justificación que provea el Congreso deberá relacionarse con la garantía de otros derechos fundamentales, de modo que la medida regresiva no implique un sacrificio desproporcionado en términos de otros principios constitucionales y derechos fundamentales.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

público realice un trato discriminatorio.<sup>506</sup> A continuación se aplicará el test a ambos supuestos:

### **3.6.1 Test de proporcionalidad para el caso de los condenados que no pueden instaurar acciones de inconstitucionalidad<sup>507</sup>**

---

<sup>506</sup> “Sin pretender agotar el desarrollo jurisprudencial que sobre esta materia ha realizado esta Corporación, es necesario reiterar que la Corte en innumerables ocasiones ha sostenido que el examen constitucional del principio y derecho a la igualdad, impone la exigencia de una carga argumentativa que le incumbe al órgano del poder público que plantea la adopción de una medida normativa en la que se incluye un trato diferenciado. Ello, por cuanto es necesario demostrar a partir del desarrollo de un “*test de igualdad*”, la distribución inequitativa entre dos sujetos puestos en igualdad de condiciones, de los bienes o servicios objeto de repartición legal.” Sentencia C- 100 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>507</sup> Es importante mencionar en el presente trabajo que a partir del 10 de junio del 2015, la Corte Constitucional con los mismos argumentos que desde hace varios años venía sosteniendo el autor de la presente investigación, vario su propia jurisprudencia y ahora es posible que un condenado instaure acciones de inconstitucionalidad. Lo anterior conforme con el Auto 241 de 2015. M.P. María Victoria Calle y en los siguientes términos: “La Corte desarrollará a continuación las siguientes razones para cambiar la jurisprudencia. (i) Primero, la Constitución les reconoce a todos los ciudadanos colombianos, sin distinción, el derecho fundamental a interponer acciones públicas de inconstitucionalidad. Si bien este es un derecho apto para controlar el ejercicio del poder político, por lo cual la Constitución lo enuncia en el listado de derechos políticos (CP art 40), lo cierto es que en su configuración la característica preponderante es su estatus de derecho fundamental a acceder a la administración de justicia constitucional, el cual no puede ser restringido por el derecho penal de orden legal. (ii) Segundo, es necesario ser coherente con el desarrollo de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia, y esto supone no detener el curso de ampliación progresiva del grupo de ciudadanos colombianos titulares de ese derecho. (iii) Tercero, es preciso actualizar el entendimiento de la Constitución, para comunicarlo con la realidad penitenciaria y carcelaria, a la luz de los derechos humanos sobre la materia.”

“Suspenderle a un ciudadano, en virtud del artículo 52 del Código Penal, el derecho político a interponer acciones de inconstitucionalidad supone, por lo anterior, un alto sacrificio significativo en términos subjetivos y objetivos, toda vez que esa medida (i) es contraria al fin de resocialización de los penados, y de hecho acentúa su desocialización; (ii) se da en un contexto en el cual la persona pierde temporalmente su derecho a ejercer los demás derechos políticos y, en consecuencia, supone dejar al condenado sin una reserva de libertades políticas; (iii) implica al mismo tiempo recortar los medios de acceso a la justicia, que es una institución esencial para garantizar la efectividad de los demás derechos y límites del poder público, con lo cual además se reduce entonces la efectividad de estos últimos; (iv) se traduce en una pérdida colectiva que virtualmente afecta a toda la sociedad, y no solo a los penados, en tanto resta espacios, voces y perspectivas al servicio de defensa de la Constitución. Estos sacrificios no se ven suficientemente compensados. El castigo ciertamente se torna más drástico y severo, con esta suspensión del derecho a promover acciones públicas. En esa medida puede decirse que

Los elementos del test son:<sup>508</sup>

- **La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual:** El objetivo perseguido por la Corte Constitucional es impedir que alguien que no esté legitimado para instaurar acciones de inconstitucionalidad lo haga, pues mal haría la Corte al admitir una acción a alguien que no está facultado para instaurarla.<sup>509</sup> Es un asunto de competencia y legitimación activa a la luz de la Constitución.

---

presta una mayor contribución a la pretensión disuasoria de la pena. Pero tal satisfacción es apenas eventual, y en realidad insuficiente para balancear los costos que la pena así entendida acarrea, en especial, para los ciudadanos condenados a pena de prisión.”

<sup>508</sup> “El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad (cf. infra, 6.3.1.): ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual? Esta Corte, en la sentencia T-230 de 94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad; en esta ocasión, completará esos lineamientos e introducirá distinciones necesarias para su aplicación al caso objeto de la demanda de inexecutableidad.

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae (cf. 6.3.1.), el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.” Sentencia C- 022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>509</sup> “La Corte Constitucional, que tiene definidas sus competencias en el propio texto de la Carta, en sus estrictos y precisos términos, como lo subraya el artículo 241, carece de competencia para decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma si el conflicto no le es planteado por quien puede plantearse, de conformidad con los expresos mandatos constitucionales, salvo que la propia Constitución haya dado lugar a su actividad oficiosa, como acontece con el control sobre los decretos presidenciales que declaran y desarrollan los estados de excepción (arts. 212, 213 y 215 C.P.)” Sentencia C- 536 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

- **La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución:** La Corte Constitucional justifica su falta de competencia en el hecho de que los condenados no están legitimados para instaurar acciones de inconstitucionalidad, pues tienen suspendido el ejercicio de la ciudadanía. El tribunal colombiano de constitucionalidad confunde ciudadano, con ciudadano en ejercicio y la misma Constitución establece para cuáles derechos es condición previa e indispensable el ejercicio de la ciudadanía<sup>510</sup> y en ninguna parte menciona el de instaurar acciones de inconstitucionalidad. La Corte llega a la Conclusión de que un condenado carece de legitimación activa para instaurar acciones de inconstitucionalidad tomando como referente la ley,<sup>511</sup> configurándose un juicio de legalidad y no constitucionalidad, con lo que la misma Corte contradice lo expresado en la sentencia C-447 de 1997, al tomar una decisión con argumentos legales y no

---

<sup>510</sup> “La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.” Artículo 99 Constitución Política de Colombia.

<sup>511</sup> “El artículo 52 del mismo Código señala que la pena de prisión implica la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal, y el 55 estipula que la aludida sanción accesoria se aplicará de hecho mientras dure la pena privativa de la libertad concurrente con ella. Cumplida la pena principal, comienza a correr el término señalado en la sentencia para la sanción accesoria.

Quienes hayan sido así sancionados pueden solicitar rehabilitación (art. 98 C.P). Desde luego, será el legislador el que determine los requisitos correspondientes.

En desarrollo de esa competencia, el artículo 92 del Código Penal (Decreto Ley 100 de 1980), declarado exequible por esta Corte mediante Sentencia C-087 del 26 de febrero de 1997 (M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz), dispone que las penas accesorias, entre las cuales se encuentra la de interdicción de derechos y funciones públicas (art. 42, numeral 3, **Ibíd**em), pueden cesar por rehabilitación, pero agrega que "si tales penas fueren concurrentes con una privativa de la libertad, no podrá pedirse la rehabilitación sino cuando el condenado hubiere observado buena conducta y después de transcurridos dos años a partir del día en que se haya cumplido la pena". Sentencia C- 536 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

constitucionales.<sup>512</sup> Por lo tanto, impedir que los condenados instauren acciones de inconstitucionalidad no es válido a luz de la Constitución.

- **La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.** Al no cumplir el trato discriminatorio realizado por la Corte Constitucional a los condenados con uno de los elementos del test de razonabilidad, no se hace necesario continuar con el mismo y se puede concluir que la posición del máximo tribunal de constitucionalidad colombiano, frente a aquellas personas que tienen vigente sentencia condenatoria en su contra al impedirles instaurar acciones de inconstitucionalidad, es ilegítimo. Nótese que es un grupo poblacional que de por sí ya se encuentra en una situación de marginalidad y la Corte agudiza aún más estas circunstancias.

### **3.6.2 Test de Proporcionalidad para el caso del establecimiento de requisitos de procedibilidad de las acciones de inconstitucionalidad no previstos en la constitución ni en el decreto 2067 de 1991, pero fijados por la corte por vía jurisprudencial.**

Los elementos del test son:

- **La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual:** El objetivo perseguido por la

---

<sup>512</sup> “Tampoco existe una demanda idónea cuando la acusación no es relevante constitucionalmente sino que se fundamenta en razones puramente legales.” C- 447 de 1997. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional es que las acciones de inconstitucionalidad que le presenten los ciudadanos contengan elementos que permitan poder proferir un pronunciamiento de fondo evitando así un fallo inhibitorio.<sup>513</sup>

- **La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución:** Este es un objetivo válido a luz de la Constitución que pretende la materialización de sus valores, principios y derechos.
  
- **La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.** Dicha proporcionalidad exige la verificación de tres supuestos:
  - ✓ **La adecuación de la medida al fin perseguido:** en el caso que nos ocupa, establecer exigentes requisitos de procedibilidad al accionante que instaura una acción de inconstitucionalidad puede permitirle a la Corte Constitucional mayores elementos sustanciales para poder fallar de fondo y evitar un fallo inhibitorio.
  
  - ✓ **La necesidad de dicho medio ante la inexistencia de otra herramienta que resulte menos onerosa, suficiente y/o idónea:** En

---

<sup>513</sup> “En ese orden de ideas, el pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley que ha sido sometida a juicio, está condicionado a que quien presenta la demanda, (i) no solo identifique en ella la preceptiva legal que acusa y las disposiciones constitucionales que considera violadas, sino además, (ii) a que formule por lo menos un cargo concreto de inconstitucionalidad en contra de la preceptiva impugnada y lo sustente en razones *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*. De acuerdo con ello, si la demanda no cumple las condiciones de procedibilidad mencionadas, la misma es sustancialmente inepta, estando obligado el juez constitucional a abstenerse de fallar de fondo y, en su lugar, a proferir decisión inhibitoria.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -436 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

este caso, el medio utilizado para alcanzar el fin es necesario, pues no existen otros medios menos onerosos para asegurar que las acciones de inconstitucionalidad que se presenten en Colombia cumplan con unos mínimos argumentativos y de contenido; y, por último.

- ✓ **La *proporcionalidad en sí misma considerada*:** Exigirle al ciudadano que cumpla con una serie de requisitos que no han sido fijados ni por la Constitución ni por el decreto 2067 de 1991, con el propósito de que la Corte Constitucional pueda tener suficientes elementos para fallar de fondo y no inhibirse, es completamente desproporcionado, pues sacrifica principios y derechos fundamentales de los ciudadanos tales como, el de acción, el de acceso a la justicia, la tutela jurisdiccional efectiva, la supremacía efectiva de la Constitución, entre otros. En la práctica, que se obligue al accionante a tener que aportar en la demanda argumentos *claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes* o a integrar la proposición normativa, no ha acercado más al ciudadano a la acción de inconstitucionalidad, lo ha alejado de esta institución convirtiéndola en asunto de expertos constitucionalistas que pueden satisfacer las exigencias argumentativas de la Corte. La carga que le ha impuesto la Corte al sujeto activo no le asegura el acceso eficaz a la acción de inconstitucionalidad, por el contrario, eleva el nivel de conocimiento necesario para adelantar este tipo de acciones, alejando al ciudadano del ejercicio real y efectivo de este derecho. Si lo que quería la Corte Constitucional colombiana era disminuir los fallos inhibitorios, el propósito no se alcanzó, pues desde que se incrementaron los requisitos de procedibilidad de la acción de inconstitucionalidad, aumentaron los fallos inhibitorios y desde

entonces representan un número significativo de la totalidad de sentencias que expide la Corte.<sup>514</sup>

Excluir a los condenados del derecho de acción y establecer para al accionante exigentes requisitos de procedibilidad no contenidos en la Constitución, ni en el decreto que reglamenta la acción de inconstitucionalidad, sin estar debidamente justificados desde la Constitución, configura un acto ilegítimo y escueto de poder. La anterior interpretación restrictiva de la Corte contradice lo expuesto por la misma Constitución, con lo que se configura, en términos de Jellinek, una mutación constitucional, pues la Corte afirma que la Constitución dice algo que en verdad no es así<sup>515</sup>.

---

<sup>514</sup> Ver cuadros estadísticos que hacen parte del presente trabajo. La información contenida en estas gráficas y cuadros comparativos fue obtenida de los datos presentados por la Corte Constitucional en su página de internet, entre los años 1992 y 2014, pero solo contienen las acciones que fueron falladas en sala plena y no la totalidad de acciones que fueron presentadas ante el tribunal constitucional colombiano y fueron rechazadas de plano por no cumplir los requisitos exigidos por el decreto 2067 y la propia Corte Constitucional en la Sentencia C 1052 de 2001. A esta información se quiso acceder a través de un derecho de petición pero la Corte argumentó no poseer dichas estadísticas.

<sup>515</sup> “Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales. Han de interpretar la leyes y también las normas constitucionales, pero de modo subrepticio una ley constitucional puede adquirir, poco a poco, un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico originario.” JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 25.

La acción de inconstitucionalidad —como derecho fundamental de carácter político, garantía para efectivizar derechos fundamentales y mecanismo de participación ciudadana— debe ser fortalecida, pues el fin buscado es superior y no es otro que la supremacía de la Constitución. Menoscabar la acción de inconstitucionalidad es afectar sustancialmente un complejo grupo de derechos humanos que son sustento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.<sup>516</sup>

Ya a principios del siglo XIX, Benjamín Constant advertía del peligro al que se enfrenta una sociedad cuando los individuos inmersos en sus intereses particulares dejan de lado su participación en el poder político.<sup>517</sup>

---

<sup>516</sup> “Antes de pasar el próximo componente, es importante hacer una aclaración relacionada con “quien” puede acceder a la Corte o Tribunal. La gran mayoría de los autores considera importante, en ese sentido, evaluar el grado de “inclusión” de las vías de acceso a la justicia constitucional. De acuerdo con este enfoque, las denominadas acciones “populares” de inconstitucionalidad se presentarían como más democráticas que las acciones orgánicas. Cabría todavía ir más allá, para distinguir grados de “inclusividad” en la legitimación. Así, por ejemplo, cabe imaginar que las acciones populares que no exigen ninguna formalidad para su planteamiento (así, Colombia) son más inclusivas —y en ese sentido más democráticas— que las acciones populares que exigen el patrocinio de tres abogados (así, Guatemala)” LINARES. Sebastián. La (I)legitimidad Democrática del Control Judicial de las Leyes. Pág. 288. Ed: Marcial Pons. Madrid. 2008.

<sup>517</sup> “El peligro de la libertad moderna consiste en que absortos en el goce de nuestra independencia privada, y en la consecución de nuestros intereses particulares, no renunciemos demasiado fácilmente a nuestros derechos de compartir el poder político.” Conferencia pronunciada por Benjamín Constant en el Ateneo de Paris en febrero de 1819, traducción del original en francés por David Pantoja.

#### 4. CONCLUSIONES

- La acción de inconstitucionalidad es en Colombia un derecho fundamental político por ser parte de la esfera de lo público y susceptible de ser ejercida previo cumplimiento de ostentar la calidad de ciudadano; además, es un mecanismo de protección del derecho fundamental sustancial a la supremacía efectiva de la Constitución y permite el cumplimiento del principio democrático.
- La acción de inconstitucionalidad es un mecanismo de participación ciudadana, no enunciado expresamente en el artículo 103 de la Constitución Política ni desarrollado por las leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, que regulan este tipo de herramientas de participación.
- Según la Constitución, en sus artículos 152 y 377, los derechos fundamentales, los procedimientos y recursos para su protección y los mecanismos de participación ciudadana, tienen protección reforzada y reserva de ley estatutaria; por lo tanto, corresponde al legislador ordinario, a través de un trámite especial, regular esta institución. De manera excepcional, puede la Corte Constitucional hacerlo alegando la búsqueda de un fin superior constitucional. Sin embargo, la Corte Constitucional no ha justificado legítimamente el porqué de la limitación del acceso ciudadano a la acción de inconstitucionalidad al impedir que los condenados puedan instaurar acciones de inconstitucionalidad o al establecerle una gran carga argumentativa al accionante que quiera hacer uso de esta institución.

- No es constitucionalmente aceptable que la Corte Constitucional excluya de la posibilidad de instaurar acciones de inconstitucionalidad a las personas condenadas por haber cometido algún tipo de delito, porque la Constitución expresamente dice cuáles derechos requieren el ejercicio de la ciudadanía y allí no se encuentra el de instaurar acciones en defensa de la Constitución y de la ley, con lo que se somete a la población carcelaria sobre la que recae sentencia condenatoria a una situación de marginación jurídica, agravando más la situación de vulnerabilidad en que se encuentran. Además, la Corte no plantea cuál es el fin constitucional perseguido con dicha exclusión, con lo que se configura una discriminación ilegítima de parte de la Corte.
- Cuando la Corte Constitucional impide que los condenados penales interpongan acciones de inconstitucionalidad está violando el bloque de constitucionalidad, pues los artículos 8 y 25 de la Convención americana de los Derechos Humanos establece el deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia y la eficacia de los derechos humanos fundamentales, con la existencia de recursos sencillos y rápidos, que permitan la protección de este tipo de derechos. La acción de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos para acceder a la justicia constitucional y hacer efectiva la supremacía de la Constitución.
- El fin constitucional, perseguido con el establecimiento de unos exigentes requisitos de procedibilidad de la acción de inconstitucionalidad, es menor a la vulneración realizada al ciudadano al limitarle sus derechos de acción, supremacía efectiva de la Constitución y participación ciudadana; por lo tanto, dichos límites son

ilegítimos, debe entonces la Corte Constitucional flexibilizar el proceso de admisión y decisión de fondo de las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos, para no imponerles una excesiva carga argumentativa, que no hace otra cosa que alejar al ciudadano de la acción de inconstitucionalidad como derecho político fundamental, mecanismo de protección de un derecho fundamental y mecanismo de participación ciudadana.

- En Colombia, la legitimación activa para instaurar acciones de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional recae en el ciudadano, pero no es así en otros ordenamientos jurídicos donde dicha posibilidad puede ser restringida, como el caso italiano, alemán o español o abierta a cualquier persona, como es el ejemplo venezolano.



## BIBLIOGRAFÍA

Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886. Volumen VIII. Historia extensa de Colombia. Ed: Plaza y Janés. Bogotá. 1983.

BALAGUER C. María Luisa. *El recurso de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid, 2001.

BERNAL CANO. Natalia. La Excepción de Inconstitucionalidad y su Aplicación en Colombia. Ed: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Medellín. 2002.

BETANCOURTH, Danilo. *El carácter elitista de la acción pública de inconstitucionalidad y sus principales consecuencias*. Revista Pensamiento Jurídico N° 28. Universidad Nacional de Colombia. Año 2010. [http://www.derecho.unal.edu.co/unijus/rev\\_27-28/28/4-caracter.pdf](http://www.derecho.unal.edu.co/unijus/rev_27-28/28/4-caracter.pdf)

BOLÍVAR, Simón. Mensaje al Congreso. Citado por CATALANO, Pierángelo: “Conceptos y principios del Derecho Público Romano, de Rousseau a Bolívar”. En *Constitucionalismo Latino I*, Instituto Universitario di Studi Europei, Torino, 1991..

BOROWSKI, Martín. La estructura de los derechos fundamentales, Ed: Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. “La acción abstracta de inconstitucionalidad”, primera edición, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2005.

BREWER-CARÍAS. Allan. *La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional*. En: Estudios Constitucionales. vol. 9. Santiago de Chile.2011.\_Versión On-line ISSN 0718-5200

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-Teórica al estudio del derecho y del Estado*, Ed: Trotta, Madrid. 1997.

CAPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 17, Madrid, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. “La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco, traducción (y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana) de Hector Fix-Zamudio. México, Instituto de Derecho Comparado (UNAM), 1961.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil. Tomo 1*. Ed: EJE, Buenos Aires. 1959.

CHARRY UREÑA, Juan Manuel *Excepción de inconstitucionalidad*, Santa Fe de Bogotá, Edic. Jurídicas Radar, 1994.

CHINCHILLA, Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Segunda edición. Bogotá: Temis, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de Derechos. Bogotá: Temis, 2011.

CROSS, Rupert y HARRIS, Jim, *Precedent in English Law*. (4ª edición. Oxford, Clarendon Press)

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid. 1987.

D' ATENA, Antonio. La vinculación entre constitucionalismo y la protección de derechos humanos. En: revista de derecho constitucional europeo, ed: Universidad de Granada, N° 1. 2004

DE OLIVEIRA, Álvaro. El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales. En: Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, 22, año 2009

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Tomo I. Teoría general del proceso. Décima edición. Bogotá: ABC, 1985.

DUEÑAS, Oscar. Acción y Procedimiento en la Tutela. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1998

EDOUARD Lambert. "El Gobierno de los Jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos". Madrid: Editorial Tecnos. 2010.

ESGUERRA P. Juan Carlos. La protección Constitucional del Ciudadano. Bogotá: Ed: Legis. 2004.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo. "Informe nacional: Uruguay". En "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo. "*La jurisdicción constitucional en Uruguay*". EN "La jurisdicción constitucional en Iberoamérica", D. García Belaúnde y F. Fernández Segado, Coordinadores, ed. Dykinson y otras, Madrid 1997.

ESTEVEZ ARAUJO. José. La Crisis del Estado Liberal. Barcelona: Ed: Ariel Derecho. 1989.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: ed. Trotta, 2009

FERRAJOLI. Luigi. Un debate sobre el Constitucionalismo. Ed: Marcial Pons. Madrid. 2012

FIORAVANTI. Maurizio. Constitución: De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Ed: Trotta. 2001.

FLOREZ MUÑOZ, Daniel Eduardo. *La acción de inconstitucionalidad como garantía del Estado Constitucional en Colombia*. Revista: Opinión Jurídica vol. 9 N° 18. Universidad de Medellín. Colombia. Año 2010 [http://www.academia.edu/848878/La\\_accion\\_publica\\_de\\_inconstitucionalidad\\_como\\_garantia\\_del\\_estado\\_constitucional\\_en\\_Colombia](http://www.academia.edu/848878/La_accion_publica_de_inconstitucionalidad_como_garantia_del_estado_constitucional_en_Colombia)

GAONA CRUZ. Manuel. Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Bogotá: Ed: Universidad Externado de Colombia.

GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Ed. Civitas. 2001.

GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. El Control de constitucionalidad de las leyes: el recurso y cuestión de inconstitucionalidad. Lima: Ed. Jurista editores. Lima, 2005.

GARCÍA- PELAYO. Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Alianza Editorial. 1993.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil. Ed: Labor. Madrid. 1936

GÓMEZ DÍAZ, Julián Alfredo y otra. Acciones públicas para la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución. Tesis de grado para

optar al título de abogado. Universidad Pontificia Javeriana. Colombia.

Año 2002.

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS07.pdf>

GÓMEZ SERRANO, Laureano. *El Control de Constitucional en Colombia: Evolución Histórica*, Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Segunda edición. Madrid: Editorial Civitas. 1985.

GONZÁLEZ QUINTERO, Rodrigo. *Ley fundamental, Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad: Una aproximación distinta a la sentencia Marbury vs Madison, y a los orígenes de la justicia constitucional*. En: Revista Jurídicas. Vol. VIII, Numero 2. Pág. 13 a 29. Universidad de Caldas. Colombia.

GUASP, Jaime. "Derecho Procesal Civil". Civitas. Madrid, 1961, tomo 1.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HAMILTON, Alexander. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica. México. 1943.

HERRERA GÓMEZ, Ana Lucia y otros. *La Inaplicabilidad de la Jurisdicción Constitucional*. Editorial Universidad de Antioquia. Primera Edición. Medellín. 2002.

HOHFELD, Wesley. Los conceptos jurídicos fundamentales, ed: UNAM, Ciudad de México, 1977.

HURTADO M. Juan Antonio. *Evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad*. En: Revista de Derecho UNED, Núm. 10, 2012.

JELLINEK, Georg. Reforma y mutación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SCHLAICH. “El tribunal Constitucional Federal Alemán”. En “Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales”. CEC. Madrid. 1984.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. 3ª ed. Madrid: Editorial tecnos, 1993.

KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Año 2. N°3. Mayo- agosto de 1998. Editorial Fotomecánica Manuel Tamayo. Medellín

KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Editora Nacional. México. 1965.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Ed: Editora Nacional. Ciudad de México. 1981

KELSEN. Hans. Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Ed: Porrúa. México. 1987.

ELIA. "Quattro note sulla Corte Costituzionale". En "Politica del diritto". 1971, y G. AMATO. "Troppo coraggio o troppa cautela nella Corte Costituzionale". En "Giurisprudenza Costituzionale". 1971.

LINARES. Sebastián. La (I)legitimidad Democrática del Control Judicial de las Leyes. Madrid: Ed. Marcial Pons. 2008.

LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil. Ed: Porrúa, Ciudad de México, 2005

LOEWENSTEIN. Karl. "Teoría de la Constitución". Editorial Ariel, Barcelona, 1983.

LOMBARDI. Giorgio. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus .Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Madrid, Ed. Tecnos. Clásicos del Pensamiento. 2009.

LÓPEZ GARRIDO. Diego. Nuevo Derecho Constitucional Comparado. Pág. 106. Ed: Tirant lo Blanch. Valencia. 2000

MALAGÓN PINZÓN, Miguel. La Acción Pública de Inconstitucionalidad en la Colombia del siglo XIX a través de una ley sobre el Colegio Mayor

del Rosario. Revista Estudios Socio Jurídicos Vol. 9 N° 2. Universidad del Rosario. Colombia. Año 2007.  
<http://www.redalyc.org/pdf/733/73390209.pdf>

MAYA CHAVES. José María. *Discordia, reforma y excepción de inconstitucionalidad*. Revista Estudios Sociales N° 42. Universidad de los Andes. Bogotá, abril de 2012.

MENDIETA GONZÁLEZ, David. La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia. En: *Vniversitas*. N° 120. Pontificia Universidad Javeriana. Enero-junio 2010.

MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. México: Ed. Porrúa, 1977

MORENO ORTIZ, Luis Javier. El sistema de control de constitucionalidad en Colombia. Revista Civilizar Vol. 10 N° 19. Universidad Sergio Arboleda. Colombia. Año 2010.  
<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar%20%2019/sistema%20control%20constitucionalidad%20colombia.pdf>

MUTHER, Theodoro. *La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar*.

NINO. Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2005.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho constitucional colombiano. 7ª edición. Bogotá: TEMIS, 2004.

PÉREZ ROYO, Francisco. "Curso de Derecho Constitucional". Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2007.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. Derecho Constitucional Colombiano: de la carta de 1991 y sus reformas. Segunda edición. Editorial Ibáñez. 2008.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. La Elusión Constitucional: Una política de evasión del control de constitucionalidad en Colombia. Ed: Universidad del Rosario. Bogotá. 2009.

QUINTERO DE PRIETO, Beatriz. El Derecho de Acción. En: Revista Universidad de Medellín. Medellín. N° 55.

Dworkin. "Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution". Oxford University Press. Oxford. 1996.

RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1978.

RESTREPO, Carlos E. Texto de Orientación Republicana. Tomo I. s.f. p. 176.

REY CANTOR, Ernesto. *Acción Popular de inconstitucionalidad*. En: <http://letrujil.files.wordpress.com/2012/04/accion-publica-de-inconstitucionalidad-ernesto-rey-cantor.pdf>

ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El contrato social*. Madrid: Espasa.

SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Ed: Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.

SCHMITT. Carl. *La Defensa de la Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid. 1983.

SEGADO. Francisco. *La Justicia Constitucional: Una Visión de Derecho Comparado*. Tomo I. Ed: Dykinson. Madrid. 2009

TOCQUEVILLE, Alexis. *La Democracia en América II*. Ed: Alianza editorial. Madrid. 1993

UPRIMNY, Leopoldo. "Verfassungsgerichtsbarkeit in Kolumbien". Estudio presentado al coloquio internacional convocado por el instituto Max Planck para derecho y derecho internacional extranjeros, incluido en el volumen colectivo *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Heidelberg, 1962, Heymanns Verlag KG, Köln- Berlín. Dice Uprimny: "La Constitución del "Estado" de Cundinamarca fue la primera constitución de la antigua América española."

VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla: Una Crítica al Constitucionalismo Colombiano*, Fondo Editorial CEREC, Segunda Edición, 1997.

VERGOTTINI. Giuseppe. *Sobre la efectividad del control jurisdiccional de constitucionalidad en los ordenamientos iberoamericanos*, en REDC, núm. 8, 1983.

VICIANO, R y MARTÍNEZ, R. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En: *Àgora. Revista de Ciencias Sociales*. Fundación CEPS. Valencia. España. No. 13. 2005.

VILA CASADO, Iván. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Ed: Legis. Bogotá. 2012.

ZULUAGA, Ricardo. El carácter Integral Complejo y Abierto del Sistema Colombiano de Control de constitucionalidad. Ensayo. Consulta en línea [16/10/2007]. Disponible en línea [[http://www.puj.edu.co/banners/EL\\_CHARACTER\\_INTEGRAL.pdf](http://www.puj.edu.co/banners/EL_CHARACTER_INTEGRAL.pdf)]

## APÉNDICE NORMATIVO

Acto legislativo 03 de 1910

Auto 071 de 2001, la Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Auto de 24 de septiembre de 2002

Auto 114 de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

Auto 104 de 2011. M.P. Nilson Pinilla

Auto 241 de 2015. M.P. María Victoria Calle

Constitución de Baviera

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Constitución de la República de Bolivia de 2009.

Constitución de la República de Chile de 1980.

Constitución de la República de Guatemala de 1985.

Constitución de la República de Honduras de 1982.

Constitución de la República de Nicaragua de 1987.

Constitución de la República de Panamá de 1972.

Constitución de la República del Paraguay de 1992.

Constitución de la República del Salvador de 1983.

Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988.

Constitución de la República Italiana de 1947.

Constitución Política del Perú de 1993.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Constitución Política del Ecuador 2008.

Constitución Política de la República Oriental del Uruguay de 1997

Convención Americana de los Derechos Humanos

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-145 de 1994

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-323 de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-366 de 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-562 de 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-592 de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-761 de 2009.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1306 de 2000. MP. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-002 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-462 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-614 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-001 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-002 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-006 1992. M.P. Eduardo Cifuentes.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-117 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 DE 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-462 de 1992 M.P. Simón Rodríguez Rodríguez

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-03 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-113 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-089 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-145 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-311 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-408 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-089 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-543 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-543 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-318 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-275 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-275 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-242 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-447 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-513 de 1997. M.P. Arango Mejía

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-536 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-543 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-536 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-543 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-592 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-556 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-560 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-819 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-560 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-819 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-1306 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1338 de 2000. M.P. María Cristina Pardo Schlesinger,

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-562 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1290 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-739 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1095 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1143 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-581 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-708 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-522 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-041 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-708 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-393 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-708 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 881 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-329 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-865 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-100 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-775 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-323 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-775 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-811 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-808 de 2007. M.P (E). Catalina Botero Marino.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1033 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-761 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-029 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-405 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-761 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-389 de 2009. M. P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-040 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-436 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-436 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-977 de 2012. M.P. Alexei Julio Estrada.

Ley 134 de 1994, República de Colombia. Diario Oficial N° 41.373 de mayo 31 de 1994

Ley 153 de 1887, República de Colombia. Diario oficial N° 7.151 y 7.152 de agosto 28 de 1887

Ley 2ª de 1904, República de Colombia. Diario Oficial 12.122 de julio 14 de 1904

Ley 57 de 1887, República de Colombia. Diario Oficial N° 7.019 de abril 20 de 1.887

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Boletín Oficial Federal del 23 de mayo de 1949.