EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

RICARDO ZULUAGA GIL

LIBRERÍA JURÍDICA
SÁNCHEZ R. LTDA

EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.991

RICARDO ZULUAGA GIL
Abogado, Especializado en Derecho Administrativo U.P.B,
Diplomado en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas
Centro de Estudios Constitucionales (Madrid), Estudios de
Doctorado Universidad de Salamanca.

EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.991

Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
Medellín

B

© Ricardo Zuluaga Gil
© Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
Calle 50 N° 43-95 Tel. 251 21 29 Telefax 511 13 80
Medellín

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico. Especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1.982

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I:
HACIA LA IDEA DE CONSTITUCIÓN NORMATIVA.

Pág.

1. EL CARÁCTER NORMATIVO DEL PRIMER CONSTITUCIONALISMO. 1

2. LA DECADENCIA DEL CONCEPTO ORIGINAL DE CONSTITUCIÓN. 4

3. LA RECONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO O LA REVALORIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. 6

3.1. La Constitución como Norma Jurídica. 6

3.2. Redefinición del Concepto de Constitución. 11

CAPÍTULO II
LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN COLOMBIA

1. INTRODUCCIÓN 15

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1.886, UNA CONSTITUCIÓN NOMINAL. 16

2.1 Las Falencias de la Constitución de 1.886. 17

2.1.1 Tenía Carácter de Norma Reaccionaria. 17

2.1.2 Ausencia de Controles de Constitucionalidad. 19

2.1.3. La Falta de Supralegalidad Constitucional. 20

2.1.4 Inoperancia de la Objeción Presidencial de Constitucionalidad. 23

2.1.5. Ausencia de Sentido Constitucional en los Jueces. 24

2.1.6 Nugatoriedad de los Procedimientos Especiales de Reforma. 25

2.1.7 Inexistencia de un Catálogo de Derechos en Favor del individuo. 26

2.1.8 Exorbitantes Poderes del Ejecutivo. 27

2.1.9 Falta de Vigencia Real. 28

3. HACIA LA RECONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PAÍS. 30

CAPÍTULO III
LA CONSTITUCIÓN DE 1.991 ¿UNA CONSTITUCIÓN NORMATIVA?.

1. INTRODUCCIÓN. 36

2. RASGOS DEFINIDORES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.991. 41

2.1 La Constitución de 1.991 es una Norma Jurídica de Eficacia Directa. 41

2.2 La Constitución de 1.991 es la Norma Suprema del Ordenamiento. 44

2.3 La Constitución de 1.991 es la Norma que Regula las Fuentes del Derecho. 49

3. MECANISMOS GARANTIZADORES DE LA ESPECIAL POSICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 51

3.1 Controles Jurídicos. 51

3.1.1 Jurisdicción Constitucional. 51

3.1.1.1 Control Abstracto por la Vía de la Acción Pública. 53

3.1.1. 2 Control Abstracto por la Vía Automática. 55

3.1.1.2.1. Sobre los Decretos Legislativos. 56

3.1.1.2.2 Sobre las Leyes Estatutarias. 56

3.1.1.2.3 Respecto de Tratados Internacionales. 58

3.1.2. Jurisdicción Contencioso Administrativa. 58

3.1.3. Jurisdicción Ordinaria. 59

3.1.3.1. Mediante el Control Difuso o la Excepción de Inconstitucionalidad. 60

3.1.3.2 Acción de Tutela. 64

3.1.3.3 La Casación. 65

3.1.3.4. Inaplicando Normas Derogadas. 65

3.2 Procedimiento Reforzado de Reforma. 66

3.3 Un Control Político. 72

3.4 Implementando una Amplia Estructura Institucional a su Servicio. 75

3.4.1 La Procuraduría General de la Nación. 75

3.4.2 Defensoría del Pueblo. 76

3.4.3 La Fiscalía General de la Nación. 78

3.5 Estableciendo una Serie de Derechos de Eficacia Directa y unos Mecanismos de Protección que los Garanticen. 79

3.6 Imponiendo su Cumplimiento a los Individuos. 85

3.7 Controles Administrativos. 88

3.8 Mediante los Estados de Excepción. 89

3.9 Incontrolabilidad de la Norma Suprema. 90

4. FACTORES QUE RESTAN FUERZA NORMATIVA A LA CONSTITUCIÓN (UN PROBLEMA DE VIGENCIAS). 90

4.1 Problemas para la Vigencia Formal. 92

4.1.1 Excesivamente Reglamentaria. 92

4.1.2 Excesivamente Programática. 93

4.1.3 La Propia Extensión del texto. 96

4. 1. 4 La Intangibilidad Constitucional. 97

4. 1. 5 Su Carácter Reiterativo. 99

4. 1. 6 La Incoherencia del Texto. 99

4. 1. 7 La Retórica que Impregna el Texto Constitucional. 101

4. 1 .8 La Incoherencia de la Disposición Derogatoria General. 103

4. 2 Problemas para la Vigencia Real. 106

4. 2. 1 Ausencia de Sentido Constitucional en los Ciudadanos. 106

4. 2 .2 La Situación Fáctica que Subyace. 107

BIBLIOGRAFÍA 115

CAPÍTULO I
HACIA LA IDEA DE CONSTITUCIÓN NORMATIVA

1. EL CARÁCTER NORMATIVO DEL PRIMER CONSTITUCIONALISMO

El surgimiento de la idea de Constitución coincide plenamente con el paso del antiguo al nuevo régimen; acontecimiento que en el terreno de los hechos se da coetáneo con la desaparición del absolutismo monárquico y consecuentemente de las prerrogativas regias de origen divino de las que estaban revestidos los soberanos y en el terreno de las ideas con el desplazamiento de las concepciones ius naturalistas del derecho que dan paso a un positivismo profundamente democrático que sólo cree en la fuerza de la razón. Este proceso desarrollado durante dos siglos (XVII y XVIII), se inició en Inglaterra con la revolución de 1.682 y se perfeccionó en los Estados Unidos con el triunfo de la guerra de independencia que desembocó en la Constitución de 1.787, pero vino a encontrar su punto culminante y su dimensión verdaderamente universal con la Revolución Francesa de 1.789 que dio como fruto fundamental, aparte del aparatoso desmantelamiento del antiguo régimen, dos documentos jurídicos de trascendental importancia: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución del 13 de septiembre de 1.791, dos monumentos jurídicos que marcaron un hito y dieron principio al constitucionalismo moderno, mejor conocido como constitucionalismo liberal.[1] En otras palabras la consolidación de este proceso significó el tránsito al Estado liberal, en el cual la

---

[1] Aunque no sobra puntualizar aquí que para Carl Schmitt, el primer ejemplo de Constitución escrita es el *Instrument of Government* de Oliverio Cromwell, expedido en 1.653, opinión que es compartida por A. Esmein, Jellinek y Loewenstein. (cfr. Pablo Lucas Verdú: El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo, RDP N° 13, pág. 41)

norma escrita se impone claramente sobre la norma consuetudinaria propia del antiguo régimen, en un proceso que se ha generalizado, con excepción de la Gran Bretaña donde la costumbre siguió y sigue teniendo un peso indudable, aunque solo sea la costumbre reconocida e interpretada por los jueces.[2] Por otro lado supuso el abandono de la idea de Constitución como un contrato de orden natural y divino y a la vez la adopción de un nuevo concepto: como Ley Fundamental del Estado en la forma de una única Constitución jurídica, escrita, orientada por determinados principios, que parte de conocimientos teórico-científicos y que se realiza en la emisión de una norma por parte de las fuerzas políticas constituyentes.[3]

---

[2] Ello pone de relieve la importancia de la jurisprudencia en la países anglosajones, al contrario de los países del continente, donde por influencia del racionalismo francés, de la codificación y de su principal tendencia jurídica: la escuela de la exégesis basada en la desconfianza respecto de los jueces, la sentencia no tuvo más eficacia que los efectos entre las partes, por ello la norma escrita, los grandes códigos pasan a ser el núcleo central del sistema normativo. (De Carreras, Francesc: Norma y Ordenamiento Jurídico en la Constitución Española, RCEC Nº 9, pág. 43)

[3] Santamaría Pastor apunta que el concepto de Constitución liberal clásico estaba caracterizado por las siguientes notas: 1) La Constitución era un acto de autodeterminación de una comunidad por la cual sus miembros de forma libre, unilateral y democrática decidían constituirse en comunidad política soberana, regulando la organización de sus poderes. 2) La Constitución era un sistema de normas jurídicas, no una declaración retórica de intenciones. 3) Tenía por naturaleza la forma de norma escrita. (Para Esmein esto es la superioridad de la norma escrita sobre la inseguridad e irracionalidad de la costumbre, significado simbólico del acto constitucional como renovación solemne del contrato social y utilización del documento como medio de decisión cívica y de difusión). 4) Que su contenido se ajustara a los principios de la ideología liberal equivalía a la garantía de los derechos individuales y la división de poderes. 5) Que la Constitución fuera la ley superior, implicaba dos consecuencias: reforma mediante trámites especiales y superioridad sobre las

Pero hay que advertir que la finalidad primordial del movimiento históricamente llamado constitucionalismo no era introducir en la vida del Estado una norma denominada Constitución, sino fundamentalmente conseguir la racionalización en el ejercicio del poder y básicamente asegurar la garantía de la libertad de los individuos frente al poder público.[4] objetivo garantizador que en Europa se persiguió principalmente a través de una determinada forma de organización del Estado: en Asamblea Representativa con unas funciones legislativas claramente diferenciadas de las funciones de aplicación del derecho, especialmente de la jurisdiccional. En otras palabras el nacimiento del constitucionalismo equivale al nacimiento del régimen representativo, cuyo núcleo esencial es la separación de poderes, forma de organización política que con la excepción de la Gran Bretaña, se plasma en textos que reciben el nombre de Constitución, Ley Fundamental, etc.[5] Este objetivo garantizador permanece completamente vigente, por lo que afirmar actualmente que una sociedad tiene Constitución o que un Estado es constitucional, significa ante todo que en ellos la organización de los poderes públicos responde a un determinado fin: el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos, o lo que es lo mismo, sólo habrá un régimen constitucional

---

restantes normas que eran válidas sólo en el evento que respetaran sus prescripciones. (cfr. Fundamentos de Derecho Administrativo, págs. 444 y 445)

[4] En este sentido se entiende que haya sido determinante el papel desplegado por la burguesía en las revoluciones liberales, particularmente en Francia, pues estas requerían la promulgación de documentos constitucionales que consagraran al máximo nivel normativo los intereses específicos de la clase poseedora. La burguesía quería afianzar sus derechos (propiedad, seguridad jurídica y libertad) frente a los privilegios de la nobleza feudal y para conseguirlo era menester limitar el poder real mediante la separación de poderes.

[5] cfr. De Otto, Ignacio: Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes, pág. 13

cuando en él esté la libertad asegurada, precisión esta que permite que los términos liberalismo y Constitución aparezcan como equivalentes.[6]

2. LA DECADENCIA DEL CONCEPTO ORIGINAL DE CONSTITUCIÓN

Esta idea original de Constitución como ordenadora de la vida social y como suprema expresión de la racionalización del poder, deviene a menos por los embates tanto de la derecha restauracionista que pretende el regreso a los solios de los monarcas, con todas sus prerrogativas de pretendido origen metajurídico,[7] así como por un liberalismo extremo, encabezado por los jacobinos que no reconocían poder diferente al de la Asamblea, suprema representante y delegataria del pueblo soberano y en consecuencia no aceptaban modos de regular la convivencia social, normas racionalizadoras del ejercicio del poder, diferentes a la Ley. A ellos se sumarán más tarde los ataques provenientes tanto de la izquierda hegeliana, como del marxismo, que buscaban reducir la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la subyace y soporta; estructura de la cual la Constitución no es más que un enmarcamiento convencional. De esta forma se relativizaba excesivamente el concepto y la función de la Constitución a los factores reales de poder, desdeñando el papel normativo del ordenamiento constitucional que es muy variable según los países y las circunstancias; aunque de otra parte esta posición fuera un sano

---

Ibídem, pág. 12

El principio monárquico implicaba que el Rey era el titular personal de la burocracia y del ejercito, pero sobre todo que él era un poder preconstitucional para el que la Constitución era, a lo sumo, un cuadro de limitaciones a posteriori, pero nunca una fuente originaria de competencias y derecho. (cfr. Eduardo García de Enterría: La Constitución como Norma, pág. 55)

correctivo a la hipocresía constitucional burguesa.[8] Esta serie de contradicciones llevaron a que durante todo el siglo XIX y hasta bien entrado el XX, la Constitución pasara a ser un documento político, meramente programático, no vinculante para los poderes del Estado, cuya infracción no resultaba antijurídica, carente de vigencia real y cuya naturaleza no sobrepasaba la categoría de un simple catálogo de principios orientadores de la acción pública, pues por la falta de controles, su supuesta supremacía se desvanecía ante el imperio de la ley, la primacía de la legalidad. En otras palabras esto significó la desconstitucionalización de la vida cotidiana del Estado en favor de su absoluta legalización, hecho que se vio favorecido por la falta de un auténtico consenso constitucional, en la medida que las Constituciones del siglo XIX no fueron más que documentos impuestos por unos grupos sociales y rechazados por otros.

Este fenómeno cuenta con una honrosa excepción representada por el constitucionalismo estadounidense, primero en sostener la supralegalidad de la Constitución y aunque los constituyentes no la enunciaron de modo explícito, esta se consolidó gracias a la oportuna intervención del juez Marshall en 1.804 con la célebre sentencia del caso Marbury vs. Madison en la cual se estableció la supremacía de la Constitución frente a la

---

[8] En este contexto se debe entender la celebre posición de Ferdinand Lasalle para quien la Constitución escrita no era más que una hoja de papel. A esta conclusión llegaba después de distinguir la Constitución real del país, integrada por las efectivas relaciones de poder existentes entre los estamentos militar, social, económico y espiritual y lo que usualmente se denomina Constitución: la Constitución jurídica que habitualmente no es más que un trozo de papel cuya capacidad reguladora no alcanza más allá de donde coincide con la Constitución real, lo que conllevará a un conflicto inevitable en el que a la larga la Constitución escrita sucumbe ante las efectivas relaciones de poder existentes en el país. Para ahondar en el amplio contenido de este concepto de Constitución, cfr. Pablo Lucas Verdú: op. cit. pág. 44.

Ley y se sentaron las bases del sistema de control estadounidense, el *judicial review*; posible gracias a que allí no se daban los factores condicionantes presentes en Europa y porque desde el principio resultó claro que las normas contenidas en la Constitución escrita eran el derecho supremo del país al que debían sujetarse los órganos del Estado en el ejercicio del poder, noción que en Europa resultaba incompatible con el absolutismo regio defendido por los legitimistas y con la afirmación, no menos absoluta, de la soberanía popular reivindicada por los liberales.[9]

3. LA RECONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO O LA REVALORIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.

3.1. La Constitución como Norma Jurídica.[10]

Para recuperar y redefinir el primigenio concepto de Constitución jurídica como objeto esencial del derecho

---

[9] La crisis del concepto liberal de Constitución está ampliamente tratado por la doctrina, no hay manual clásico de derecho constitucional que no aborde esta materia, pero para los efectos que aquí nos interesan, valga citar las valiosas referencias hechas en las siguientes obras: Ignacio de Otto: op. cit, págs. 13 y 14. Juan Alfonso Santamaría Pastor: op. cit, págs. 437 a 441. Eduardo Espín: La Constitución como Norma, págs. 39 y 40. Alessandro Pizzorusso: Lecciones de Derecho Constitucional, págs. 213 y 214 y Eduardo García de Enterría: op. cit. págs. 41-42 y 129-130

[10] A primera vista aparecerá redundante calificar las normas como jurídicas, cuando hoy la doctrina mayoritariamente ha abandonado esa adjetivación que creemos no sobra. Por el contrario la distinción se hace imprescindible en un estudio sobre las fuentes del derecho, y sobre todo porque no se puede perder de vista que a pesar del positivismo imperante que pretende abarcar todas las esferas de la vida del hombre, todavía subsisten, aunque con un valor muy relativo, las normas sociales y morales.

constitucional, fue necesario esperar hasta 1.920 cuando el célebre jurista Hans Kelsen llevó a la Constitución austríaca de ese año, todas sus elaboraciones teóricas acerca de la supremacía de la Constitución y especialmente la necesidad de crear jueces especializados encargados de velar por la supremacía normativa de esta, preservándola de los ataques del legislador que la pudieran vulnerar. Estos objetivos se podían conseguir mediante la creación de una jurisdicción especializada (el Tribunal Constitucional) y el establecimiento de procedimientos especiales de reforma, a lo que se añadía un sistema de fuentes jerárquicamente ordenado donde la Constitución se sitúa en una dimensión superior a la ocupada por la ley ordinaria, como cabeza de todo el sistema que se representa en la célebre pirámide de normas, que abarca desde la Constitución hasta la última aplicación individual. La Constitución es así esencialmente la norma que establece la vía para el desarrollo y renovación del ordenamiento garantizando su unidad y lo hace al regular los modos de producción del derecho mediante la atribución de competencias nomotécnicas a distintos órganos del Estado o incluso en un ordenamiento complejo, a entidades políticas distintas y adicionalmente, estableciendo de manera implícita o explícita algunos principios estructurales básicos, algunas reglas formales que aseguren la armonía del conjunto.[11]

Se puede entonces afirmar que es a partir de esta trascendental elaboración que surge el constitucionalismo democrático, proceso que coincide con el fin de la Primera Guerra Mundial y que es el momento en que la Constitución deja de ser un documento político para convertirse también en documento jurídico, en una norma jurídica, a la vez que fuente del derecho y disciplinadora de los órganos y procedimientos de creación del derecho. Carácter jurídico que se verá reafirmado por la introducción de una serie de garantías en favor de su

[11] Rubio Llorente, Francisco: La Constitución como Fuente del Derecho, pág. 55

superioridad sobre los poderes constituidos: de un lado la justicia constitucional y de otro la rigidez constitucional que implica que el documento sólo es modificable por un procedimiento distinto y más agravado que el procedimiento legislativo ordinario, pasando así la Constitución de estar a disposición del poder legislativo, para convertirse en un criterio determinante de la regularidad de la actuación de este.[12] Pero estos principios sólo se afianzan después de la II Guerra Mundial, a partir de la superación del fascismo, cuando se adquiere conciencia de la absoluta necesidad de no sacrificar los valores esenciales que ordenan la vida de la sociedad, ni en la lucha por el poder político ni en el ejercicio del mismo, convirtiéndose esto en una primera justificante del orden constitucional normativo: garantizar los valores fundamentales sobre los que se asienta la convivencia social y en especial los derechos fundamentales de la persona. La constitución viene a ser así una definición de las reglas y límites al juego político y la expresión un orden material de valores, contenidos que vienen a configurar la idea de Constitución normativa.[13]

La Constitución como norma viene a establecer el orden jurídico fundamental de la comunidad fijando los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado, igualmente contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la comunidad, regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal, crea las bases y determina los principios del ordenamiento jurídico en su conjunto, fija cuáles son los valores indiscutibles que deben presidir la vida en cualquier sociedad civilizada y el marco de referencia que no puede ser alterado por las fuerzas políticas en lucha y determina quién y de qué manera

---

[12] Pérez Royo, Javier: Las Fuentes del Derecho, pág. 34

[13] Balaguer Callejón: Francisco: Fuentes del Derecho. T. II, pág. 17 y 18

decidirá todo lo que no este regulado en la Constitución, de ahí la importancia de afirmar su fuerza normativa en la mayor medida de lo posible, para lo cual resulta imprescindible no devaluarla con distinciones dentro de la misma que puedan conducir a restarle credibilidad como documento jurídico.[14] Pero la Constitución normativa es más que eso, en otro sentido ella aporta una novedad a la división de poderes: el poder se basa en el sometimiento de todos ellos a la Constitución y en la existencia de un órgano independiente, el Tribunal Constitucional, que en cuanto comisionado del poder constituyente y garante de la voluntad del conjunto del pueblo, debe reconducir la actuación de los poderes del Estado a los límites de ese pacto, además tiene la función de protector último de los derechos y libertades, pues como representante del poder constituyente del pueblo se sitúa como árbitro entre cada una de las partes y porque una gran parte del marco obligatorio de la Constitución está integrado por aquellos derechos que se consideran dignos de especial protección y en consecuencia están sustraídos del juego político de las mayorías y las minorías.[15]

A la vista de esta serie de nuevos contenidos y significados de la Constitución, se puede afirmar, como lo hace Balaguer Callejón, que el tránsito del Estado legal al Estado constitucional de derecho supuso mucho más que el simple sometimiento de la ley a la Constitución, respondió a exigencias sociales ineludibles y expresó una nueva filosofía política: frente a la democracia radical que reflejaba la supremacía de un grupo social homogéneo, se eleva la democracia constitucional que se fundamenta en el pluralismo y el consenso. En otras palabras, frente al orden jerárquico que se deriva del dominio de la ley

---

[14] cfr. Hesse, Konrad: Escritos de Derecho Constitucional, pág. 16 y Pérez Royo: Fuentes, pág. 41

[15] cfr. Balaguer Callejón, Francisco: Derechos Fundamentales y Constitución Normativa, en Introducción a los Derechos Fundamentales, vol. I, págs. 209 a 216

como expresión de una voluntad única, se erige el orden competencial derivado de la normatividad de la Constitución, como punto de confluencia de una diversidad de intereses y de valores.[16]

Todo el proceso ha traído como consecuencia que las Constituciones modernas, a diferencia de las del siglo XIX, se han juridificado y cuando la Constitución es una norma jurídica eficaz, porque existe un Tribunal Constitucional que la hace valer frente a una legislación democrática, la actitud ante ella ya no puede ser la que pervivió hasta las últimas teorías constitucionales de los años 20. Un Estado sólo será democrático y constitucional si la Constitución es considerada realmente como norma y el Tribunal Constitucional opera como tribunal, lo que significa que el derecho constitucional ha de perder sustancia política, empobreciéndose en relación con la teoría política.[17] Esta transformación ha sido bien definida por Javier Pérez Royo, para quien la diferencia entre el constitucionalismo liberal y el democrático, estriba en que en el segundo la Constitución es una norma jurídica y no un simple documento político, porque el mundo jurídico empieza en la Constitución y no en la ley. Lo que diferencia la Constitución del siglo XIX de la del siglo XX son las garantías constitucionales, la garantía de la soberanía popular frente a la soberanía del parlamento, las garantías de la Constitución frente a la ley. Mientras la Constitución del siglo XIX era flexible y no había límites jurídicos para el legislador y consecuencialmete no había control de constitucionalidad de la ley, la del siglo XX es una Constitución rígida, únicamente reformable a través de un procedimiento distinto del legislativo ordinario y considerablemente agravado respecto a este, con base en el cual se va afirmando progresivamente el control de constitucionalidad de los actos del legislador.[18]

---

16 cfr. Balaguer Callejón: Fuentes T. I, pág. 26

17 cfr. De Otto, Ignacio: op. cit, pág. 37

18 cfr. Pérez Royo, Javier: Curso de Derecho Constitucional,

Por último es necesario decir que el surgimiento del constitucionalismo llamado democrático coincidió con el advenimiento del estado social de derecho que se consolida después de la II guerra Mundial como el tipo de Estado prevalente en el mundo occidental de nuestros días y que supone un distinto intervencionismo del Estado en las relaciones sociales: nacionalizaciones, controles, legislación laboral, sanitaria, enseñanza, seguridad social, planificación económica, prestaciones sociales, normativas fiscales, etc. Se respetan los valores fundamentales del Estado liberal: libertad, igualdad, seguridad, pero se les da un contenido material nuevo. El Estado pasa de ser el garante de las libertades en la concepción liberal, a regulador de las mismas mediante la asunción de nuevas funciones.[19] Acertadamente afirma Balaguer Callejón que el tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho, que lo ha sido también del estado legal al estado constitucional, no ha supuesto tanto la orientación hacia nuevos valores, cuanto la confirmación de los anteriores con una nuevo significado,[20] proceso que se ha afianzado especialmente a partir de la profunda oleada de fascismo surgida en Europa en el período de entreguerras y que desencadenó en la Segunda Guerra Mundial, lo que llevó a dos de los países más comprometidos en todo este proceso -Alemania e Italia - a expedir sendas constituciones que vinieron a perfilar de manera definitiva el modelo constitucional democrático y que como ya se dijo, ha coincidido con el surgimiento del Estado social de derecho.

3.2. Redefinición del Concepto de Constitución

Hoy día hay motivos suficientes que sugieren una revisión del positivismo formalista y de sus tesis, especialmente

---

pág. 79

[19] cfr. De Carreras: op. cit. pág. 45

[20] cfr. Balaguer Callejón: Fuentes T. I, pág. 19

el rechazo de elementos considerados extrajurídicos (políticos, socio-económicos, valores éticos), afirmación del ordenamiento jurídico como un todo completo, cerrado, autosuficiente, de modo que lo que no contempla carece de relevancia jurídica, olvidando que en la medida que un texto fundamental está insertado en un medio cultural y socio-político que lo promueve y que él mismo es cultura, hay que deducir su correspondiente apertura a estas dimensiones extranormativas que a veces tienen relevancia jurídica.[21] En este orden de ideas y teniendo como punto de referencia el pensamiento kelseniano, que aunque significó la superación de la escuela historicista de Savigny, (identificada con una concepción natural del ordenamiento jurídico), finalmente degeneró en un positivismo extremo de rígido sabor formalista que hace preciso dotarlo de un sentido profundo que le dé la dimensión axiológica justificativa, pues sólo así habrá razón para jerarquizar el derecho. Si no se colocan valores en la pirámide de Kelsen, esta seguirá siendo un magnífico espectáculo exterior de orden y concierto lógico sin par, pero sin consistencia sólida. Será perfecta para organizar un mundo ideal, mas no para estructurar una sociedad viva, diariamente agitada y convulsionada.[22] O lo que es lo mismo el sistema ideado por Kelsen a principios de siglo se presenta insuficiente para explicar las complejas realidades sociales que hoy subsisten bajo la estructura jurídico-formal en que se representa el ordenamiento jurídico.

Estas circunstancias hacen evidente la necesidad de revaluar ese planteamiento teórico y por eso aparecen otras teorías que tratan de superarla dándole un tinte social al

---

[21] cfr. Lucas Verdú, Pablo: La Constitución Abierta y sus Enemigos, págs. 9 a 11

[22] cfr Melo Guevara, Gabriel: El Estado y la Constitución, pág. 94 y en el mismo sentido Luis Pastor Ridruejo, Sistema Jurídico y Constitución, en la Constitución Española y las Fuentes del Derecho. T. III, pág.. 1579 y 1:580.

ordenamiento jurídico y así, frente a la construcción kelseniana perteneciente a una escuela puramente jurídica, carente de bases sociológicas o políticas, aparece la escuela sociológica o institucional de Santi Romano, que sostiene que el concepto normativo del derecho es insuficiente, pues la realidad jurídica no se reduce a normas, sino que hay que remontarse a la estructura social subyacente ya que el derecho es un sistema no por si mismo, sino por la unidad social que constituye su sustrato. Esta escuela sostiene que las normas no son más que uno de los elementos del ordenamiento jurídico en donde la base social y el elemento de organización son factores prioritarios respecto de las normas, pura emanación de aquellas. Frente al concepto puramente normativo de kelsen, la noción de ordenamiento jurídico evoca una realidad compleja en la que los elementos políticos, axiológicos, sociales y organizatorios constituyen la base sobre la que las normas aparecen y operan.[23] Sólo a partir de esta tesis se puede entender que la Constitución además de jurídica sea política, adjetivación que la penetra por entero, pues ella es incomprensible si por pureza metódica o exageración del método técnico-jurídico, ignora una realidad social compuesta de exigencias socio-económicas, de puntos de vista sobre la libertad, la igualdad y el pluralismo político y que se inspira en ideologías políticas y en concepciones del mundo y de la vida.

En esta misma orientación encontramos el concepto de Constitución como integración elaborado por Rudolf Smend,[24] donde tampoco cabe la pureza metódica kelseniana que rechaza o no hace referencia a los valores . En este contexto la Constitución es la transcripción jurídico normativa de los

---

[23] cfr. Ruidrejo: op. cit. pág.. 1.582 y Santamaría Pastor: op. cit, pág. 290 a 292

[24] cfr. Constitución y Derecho Constitucional, CEC, Madrid, 1.985, especialmente el capítulo III partes 1 y 2; de esta última especialmente el epígrafe 1, por todo ver las págs. 37 a 144

diversos procesos integradores de la realidad estatal pues al alejarse la normatividad de la realidad práctica, la Constitución se convierte en una hoja de papel que no solo pierde su dignidad, sino incluso su operatividad. De todas maneras no se puede perder de vista el valor de la construcción kelseniana, pues fue a partir de este modelo que surgieron las diversas elaboraciones teóricas que plasmadas en distintas constituciones, han hecho posible la configuración del Estado democrático constitucional.

CAPÍTULO II
LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN COLOMBIA

1. INTRODUCCIÓN

En Colombia el surgimiento del constitucionalismo se da de manera simultánea con el proceso de independencia de la metrópoli española en 1.810, impulsado especialmente por el ejemplo revolucionario francés y anglosajón. Por aquella época las diversas provincias que componían el Virreinato de la Nueva Granada, a la vez que se declaraban independientes, fueron expidiendo paulatinamente sus Constituciones en un proceso poco homogéneo y lento que finalizó en 1.816 con la reconquista española, por lo que fue necesario esperar hasta 1.821 para que consolidada la independencia se expidiera la Constitución de Cúcuta de 1.821 que constituyó la Gran Colombia[25] y delineó los principios generales y los aspectos organizativos que aún hoy siguen definiendo la estructura del Estado Colombiano: presidencialismo fuerte, Estado unitario, régimen republicano, Congreso bicameral, entre otros. La permanencia bicentenaria de estas instituciones ha hecho que algún tratadista llegara a afirmar en 1.986 que en Colombia a pesar de que después de 1.821 se hubieran aprobado siete Constituciones (se incluye sólo hasta la de 1.886), la Constitución realmente vigente fuera la de 1.821, puesto que las restantes sólo eran meras reformas a la misma.[26]

---

[25] La Gran Colombia fue la República fundada por Bolívar e integrada por Colombia, Venezuela y Ecuador es decir lo que eran bajo el régimen español el Virreinato de la Nueva Granada, la Capitanía General de Venezuela y la Audiencia de Quito. Obedecía a su sueño de una Hispanoamérica unida, pero la idea no prosperó al disolverse la Gran Colombia en 1.830 y reconstituirse cada uno de sus componentes en Repúblicas independientes.

[26] cfr. Vázquez Velázquez, Orlando: La Real Constitución Política de Colombia, Estudios de Derecho Nº 107-108, págs. 119 a

Pero para los efectos que en esta obra nos interesan, concentraremos el análisis en la Constitución de 1.886, para que ella nos sirva de parámetro comparativo con la de 1.991 y determinar desde la óptica de las fuentes del derecho, el grado de avance del constitucionalismo colombiano.

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1.886, UNA CONSTITUCIÓN NOMINAL.

Resulta perfectamente válido acudir a la ya tradicional clasificación de Constituciones elaborada por Karl Loewenstein. que las diferencia entre nominales, semánticas y normativas, para definir la Ley Fundamental expedida en 1.886 como una Constitución nominal, pues ella sólo sirvió para enmascarar un régimen autocrático, confesional y autoritario. O bien, acudiendo a la definición elaborada por el propio Loewenstein se puede decir que era una norma carente de realidad puesto que el proceso político discurrió al margen de sus enunciados sólo pretendidamente normativos.[27] Este fenómeno que no es propio del constitucionalismo colombiano, sino generalizado en el constitucionalismo latinoamericano, ha sido bien descrito por el francés Andrè Siegfried quien afirma que: "*Aquí llegamos a un punto realmente malsano del organismo político sudamericano: La falta de respeto por la legalidad. En ningún lugar, sin embargo se habla más elocuentemente, más*

---

147. donde sostiene que los principios básicos de la Constitución de Cúcuta de 1.821 han estado inmutables en el constitucionalismo colombiano y en consecuencia la Constitución vigente es esa y sólo fue reformada radicalmente por la Constitución de 1.936. Planteamiento parecido hace Carlos Alberto Atehortúa Ríos en su artículo ¿Vigencia de la Constitución de 1.886 Hoy?. Estudios de Derecho Nº 107-108, págs. 149 a 163.

[27] cfr. Loewenstein, Karl: Teoría de la Constitución, pág. 218.

sabiamente del derecho, de la ley, de la Constitución. La lengua española, oratoria y lapidaria, se presta bien a tales afirmaciones doctrinarias..... Yo no he oído hablar de Constitución sino en esos países donde diariamente se la viola".[28]

2.1 Las Falencias de la Constitución de 1.886.

2.1.1 Tenía Carácter de Norma Reaccionaria.

Ello porque obedecía no a un gran acuerdo nacional en torno a las más urgentes necesidades del país y con participación de grandes sectores de la población, sino que ella surgió como fruto de una reacción católico-conservadora contra las instituciones implantadas en 1.863 (Estado federal, separación Iglesia-Estado, amplio régimen de derechos y libertades) y que culminó en una cruenta guerra civil en 1.885 que derribó al gobierno legítimo de la nación, hecho a partir del cual se dio inicio al proceso constituyente de 1.886, protagonizado por una reducida y selecta Asamblea Nacional de Delegatarios integrada por 18 miembros nombrados de forma discrecional por el poder ejecutivo en los cuales estaban excluidos los miembros del Olimpo Radical,[29] lo que denota claramente que este proceso constituyente estaba lejos de ser el fruto de un gran consenso

---

[28] Citado por Eustorgio Sarria en su obra Guarda de la Constitución, págs. 33 y 34

[29] El Olimpo Radical fue el movimiento político de corte liberal que impulsó la Constitución de 1.863. Estaba conformado por sujetos liberales radicales, profundamente racionalistas y librepensadores de corte individualista que propugnaban por la absoluta libertad del individuo; ideas todas que llevaron a la Norma Fundamental de 1.863. La valía intelectual de los hombres que coincidieron en el movimiento era de tal naturaleza que eso motivó que el movimiento se denominara Olimpo.

nacional y más bien se puede afirmar que la Constitución resultante fue expedida como parte de victoria de un partido sobre otro.[30] La consecuencia de este irregular proceso fue su nulo valor como norma constitutiva del orden social, lógico resultado de una norma eminentemente autoritaria, excesivamente centralista y confesional o mejor aún, de fuerte acento clerical. Dadas las circunstancias que rodearon su expedición, sobre esta Constitución resulta definitiva la afirmación hecha en el siglo pasado por Carlos Albán: "*Una Constitución que se expide entre el humo de los últimos tiros, no es una Constitución sino una diana de triunfo*".[31]

A pesar de que el revestimiento formal del documento era impecable, no podemos olvidar que aunque una Constitución escrita tenga un efecto estabilizador y racionalizador, esta intención fracasa cuando a ella se le deja de considerar como estrictamente vinculante, cuando el juez, el político o cualquier otro creen poderse imponer a ella abriendo así el camino para que la Constitución sea dejada de lado con solo invocar cualquier interés aparentemente más alto. La idea básica de Constitución escrita se ve sustituida por una situación de inseguridad producida por una lucha constante de fuerzas y opiniones.[32] Esta fue exactamente la situación vivida bajo la Constitución de 1.886 y que se acentuó debido a su preponderante acento

---

[30] Un buen decurso por las circunstancias y hechos que rodearon la expedición de la Constitución de 1.886 y sobre las principales notas caracterizadoras de ella, se encuentra en la obra Legalidad para Tiempos de Crisis de Alfonso Charría Angulo, especialmente en las págs. 33 y ss. y en el mismo sentido las obra de Ernesto Saa Velasco: El Proceso de la Constitución de 1.886 y Don Rafael Nuñez, pág. 64 y de Diego Uribe Vargas, Las Constituciones de Colombia, T. I, págs. 181 y ss.

[31] Citado por Carlos Restrepo Piedrahita en su obra Constituyentes y Constitucionalistas Colombianos del Siglo XIX, pág. 38

[32] cfr. Hesse: op. cit, págs. 22 y 23

presidencialista, que generó el que el ejercicio del poder se diera de una forma tan incontrolada que se llegaba al desconocimiento de la propia norma suprema y por otro lado por el permanente cuestionamiento a que la sometió el partido de la oposición.

2.1.2 Ausencia de Controles de Constitucionalidad.

A excepción de la de la objecion presidencial consagrada en el arts. 86, no había otros mecanismos de control de las normas infraordenadas para garantizar el papel preeminente de la Constitución en el ordenamiento jurídico.[33] Esto es explicable porque el constituyente de esa época aún se hallaba influenciado del principio de soberanía parlamentaria y tenía la idea de que la ley no era justiciable por ser expresión de la voluntad soberana manifestada por el cuerpo de representación del pueblo.[34] Aunque es bueno observar que a pesar de este desconocimiento del principio de supremacía constitucional, existía un sentimiento a este respecto en algunos delegatarios, así se desprende de las propuestas que propugnaban por el establecimiento de mecanismos que garantizaran la supremacía constitucional como aquella que pretendía que: *"los jueces deben aplicar la Constitución de preferencia a la ley, cuando a su juicio haya oposición entre una y otra. Este principio norteamericano,*

[33] Históricamente en el constitucionalismo colombiano, la función de control se había encomendado siempre al propio Parlamento, es decir un autocontrol normativo y el control político que ejerciera sobre la acción del gobierno. Únicamente las Constituciones de 1.858 (Confederación Granadina) y 1863 (Estados Unidos de Colombia), ambas de naturaleza federal, habían previsto algunas formas de control de constitucionalidad en cabeza del poder judicial (Corte Suprema de Justicia), pero sólo respecto de los actos de las legislaturas de los Estados que fueran contrarios a la Constitución Nacional.

[34] cfr. Sáchica Aponte, Luis Carlos: Defensa de la Constitución, pág. 354

aunque justo en teoría, pareció peligroso en la práctica; el señor Ministro de Hacienda lo combatió en dos discursos, calificándolo de anárquico; y fue negado".[35] En conclusión en este aspecto sólo quedaba la figura de la objeción que operaba como un control previo de constitucionalidad consistente en facultar al Presidente para formular objeciones de carácter constitucional cuando las leyes le eran sometidas a la sanción ejecutiva, especie de control que ponía de presente la preponderancia del ejecutivo frente al legislador.

2.1.3. La Falta de Supralegalidad Constitucional.

Desde el punto de vista formal la principal falla de la Constitución de 1.886 fue la falta de supralegalidad constitucional, ya que durante muchos años de su vigencia se vivió bajo el absoluto imperio de la ley, situación que vino propiciada por la actitud de los mismos miembros de la Asamblea Nacional de Delegatarios y por el posterior desarrollo legislativo. Este sentimiento fue de tal naturaleza que incluso por mandato de la propia Constitución las regulaciones referidas a los derechos civiles y garantías sociales (Título III) fueron incorporadas al Código Civi, pues se pensaba que para que tuvieran plena eficacia, debían estar vinculados a una norma de rango legal.

El principal inspirador del principio de superioridad de la ley fue Miguel Antonio Caro[36], quien lo fue a lo vez de todo el

---

[35] Citada por Miguel Antonio Caro en su obra Estudios Constitucionales y Jurídicos, pág. 246

[36] Este personaje bastante destacado en la historia colombiana, ocupó la presidencia de la República entre 1.890 -1.896 y está considerado como uno de los grandes gramáticos de la lengua castellana. Ha pasado a la historia como gran filólogo y sobre todo como el padre del pensamiento conservador, católico y reaccionario

entramado constitucional de 1.886. Afirmaba que: "*toda ley aprobada por el Congreso, con las debidas formalidades y sancionada por el gobierno, es legítima y constitucional, aunque no lo parezca al juicio privado, y todas las autoridades de la república deben acatarla como tal, cumplirla y hacerla obedecer..... En esto consiste el imperio de la legalidad. Otra cosa sería volver a la anarquía..... Si el soberano dicta una ley inconstitucional, esta ley sancionada y promulgada debe ser obedecida mientras no haya, como no hay, un poder superior que tenga la facultad de anularla. No puede dejarse al ciudadano la facultad de desobedecer una ley por cuanto la juzga contraria a la Constitución. Tal principio sería anárquico. Pero sí debe tener el derecho de exigir que no se cumpla en su daño, y los tribunales no deben aplicarla cuando lesionan derechos civiles garantizados por la Constitución. Nadie anula la 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*".[37] En el mismo sentido se pronunció quien era considerado el mejor jurista de la Asamblea de Delegatarios, José María Samper: "*....los dos poderes que tienen el encargo de formar la ley y de sancionarla y promulgarla, y los más obligados a ponerla en armonía con la Constitución, han estimado que ella es constitucional..... Por tanto la lógica y los principios de la hermenéutica obligan a aceptar como constitucional la ley, a ejecutarla aun cuando parezca inconstitucional a los que no son legisladores.*"[38]

---

predominante en el texto constitucional de 1.886

[37] cfr. Caro Miguel Antonio, op. cit, págs. 87 y 246. Acerca del trascendente papel de este en la Constituyente de 1.886 se han escrito extensos estudios, desde la óptica del aporte estrictamente constitucional, cfr. en Sanín Greiffestein, Jaime: La Defensa Judicial de la Constitución, págs. 104 y ss.

[38] Citado por Charria Angulo: op. cit. pág. 7. A pesar de que

Esa superioridad de la ley se acentuó con el incoherente desarrollo legislativo de la Constitución. En principio el art. 5 de la ley 57 de 1.887 consagró que: "*Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella*", pero como era una norma que claramente contrariaba el espíritu de la Constitución y la opinión de la mayoría de los constituyentes, no tardó en ser modificada y seguidamente el legislador expidió una norma funesta y en clara contradicción no solo con lo acabado de consagrar, sino con cualquier principio de lógica jurídica; dicha norma contenida en el art. 6 de la ley 153 de 1.887 decía: "*Una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aún cuando parezca contraria a la Constitución*". Este cambio de criterio del legislador equivalía ni más ni menos que a dejar libre una puerta falsa en el sendero de las modificaciones de la norma fundamental, pues de hecho a través de una ley ordinaria se podía falsear un mandato constitucional, puesto que sus cláusulas eran obligatorias aunque aparecieran en contradicción con el supremo estatuto[39] y lo que es aún más grave, dicha disposición equivalía a consagrar la presunción de constitucionalidad de toda norma legal. En otras palabras, la Constitución no solamente no estableció recurso alguno contra las leyes inconstitucionales, sino que dicho art. 6 consagró el principio de que toda ley se reputaba constitucional, haciendo nugatorios los preceptos referidos a la reforma de la Constitución, lo que significaba que en la práctica se carecía de Constitución, por lo menos en sentido formal, en tanto esta se

---

en Asamblea Nacional de 1.886 había 18 delegatarios, ha sido claro que quienes dieron el perfil definitivo a la Carta de ese año fueron Caro y el señor Samper, quienes a la vez contaban con la eficaz colaboración del Arzobispo de Bogotá que tenía acceso directo a la Asamblea a través de Felípe Paul, hermano suyo que era delegatario.

[39] cfr. Pérez, Francisco de Paula: Derecho Constitucional Colombiano, pág.. 440

diferencia de las restantes leyes porque su aprobación y reforma están sujetos a procedimientos especiales.

Aunque este fenómeno de la supremacía de la ley no fue exclusivo de Colombia, muy por el contrario era una tendencia general, pues durante el siglo XIX se tuvo una concepción desvalorizada de la Constitución en favor del legislador que ostentaba la representación democrática. Sólo a partir de la primera postguerra se recibe en Europa la concepción norteamericana que intenta reducir el poder legislativo a un poder constituido dentro de los límites superiores de la Constitución. Y esta será la obra magistral de Hans Kelsen, que plasmará sus ideas en la Constitución austríaca de 1.920, estableciendo a la vez algunas matizaciones respecto del sistema estadounidense: en lugar del control difuso ideó el control concentrado en un único órgano judicial especializado, (Tribunal Constitucional) al que los demás jueces deben acudir en prejudicialidad para que decida la eventual inconstitucionalidad; pero la diferencia es bien profunda, ya que la sentencia que declara la inconstitucionalidad tendrá efectos erga omnes, afectará a todas las partes del proceso, lo que es un tipo de efecto más propio de las leyes que de las sentencias y así el Juez Constitucional se revela como una parte del poder legislativo: el "*legislador negativo*" y no como un órgano genuino del poder judicial.[40]

2.1.4 Inoperancia de la Objeción Presidencial de Constitucionalidad.

De todo lo anterior nos queda, como ya se ha visto, que el único mecanismo que obraba en defensa del orden constitucional era la institución de la Objeción Presidencial de

[40] cfr. García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo, págs. 97 y 98

Inconstitucionalidad, con la cual según Miguel Antonio Caro no había probabilidad ni posibilidad moral de que se expidieran leyes inconstitucionales, pues resuelto el litigio por la Corte (las objeciones), ya no se trataría de un conflicto de opiniones o de voluntades entre poderes colegisladores, sino de una cuestión de derecho.[41] Pero esa supuesta valla resultó inoperante y la imposibilidad moral de que se violase la Carta de la que hablaba Caro, no pasó de ser una mera utopía, pues no solamente el ejecutivo no objetaba las leyes inconstitucionales, sino que directamente las proponía al Congreso. En este marco y por la fuerza de los acontecimientos, en poco más de 20 años se dieron dos guerras civiles, una de ellas la más azarosa de toda nuestra historia (las estadísticas oficiales hablan de cien mil bajas), un golpe de estado civil, la separación de Panamá y cinco años de dictadura.[42]

2.1.5. Ausencia de Sentido Constitucional en los Jueces.

La misma Corte Suprema de Justicia no contribuyó jurisprudencialmente al avance hacia una Constitución verdaderamente normativa,[43] ya que por aquel entonces sostenía

---

41 cfr Caro, Miguel Antonio: op. cit, pág.. 88

42 cfr. Sanín Greiffestein: op. cit, pág. 108

43 Como se verá en el transcurso de la exposición la jurisdicción constitucional colombiana y a diferencia de la de otros países, se ha caracterizado por su timidez, lo que la ha llevado a ser más bien un estorbo y un medio de entorpecer el avance en el camino hacia la Constitución normativa, esto se hace más patente cuando desde 1.910 tuvo todas las herramientas para eregirse en un verdadero poder de control, antes prefirió autolimitarse y los logros y avances en materia de control paradójicamente vinieron la más de las veces desde el propio legislador, cuando no del ejecutivo y a última hora desde una jurisprudencia siempre tardía y pobre en avances. Esta misma posición es sostenida por el ex-magistrado Luis Carlos Sáchica, quien advierte que al terminar el siglo XX, Colombia es un

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 éstas 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 deje de ser obligatoria por ser contraria a un precepto constitucional*".[44] Extraña posición cuando ella tenía la misión de ser el árbitro supremo de los conflictos constitucionales a través de la objeción de inconstitucionalidad, además porque ya hacía 90 años que se había proferido la célebre sentencia del Juez Marshall y sobre todo porque los principios del constitucionalismo estadounidense eran bien conocidos entre nosotros.

2.1.6 Nugatoriedad de los Procedimientos Especiales de Reforma.

Aunque la Constitución de 1.886 en materia de reforma en el art. 209 establecía unos mecanismos especiales y reforzados para la reforma, lo que suponía el regreso a un sistema intermedio, ya conocido, de aprobación en dos años consecutivos, con la tramitación propia de una ley, que en principio requería dos tercios de los votos favorables en una y otra Cámara, limitados después a la mayoría absoluta; finalmente esa dificultad en la reforma no operaba como una garantía en favor de la Constitución puesto que como ya se vio, los mismos se hacían nugatorios por la supremacía de la ley

---

país en marcha, en proceso de cambio y ante estos hechos, es evidente el vacío constitucional, mal llenado por una jurisprudencia miope o esterilizante y unas prácticas improvisadas y oportunistas, o por mutaciones deformantes y destructoras, como la proliferación de las facultades extraordinarias que acabaron con el Congreso. (cfr. su obra Siete Estudios Constitucionales, pág.. 134)

[44] cfr: S.C.S.J No 63 de 1.889, Gaceta Judicial, T. III pág.. 403

consagrada de manera determinante por el art. 6 de la ley 157 de 1.887, lo que permitía que se pudieran contradecir claramente los mandatos de la norma suprema y en este sentido se puede afirmar que no había leyes inconstitucionales, sino simplemente reformatorias.

2.1.7 Inexistencia de un Catálogo de Derechos en Favor del Individuo.

Pues aunque formalmente el título III (de los derechos civiles y garantías sociales) estaba dedicado a este propósito, se carecía de acciones públicas y políticas que tuvieran por titular al ciudadano. Además que como ya se apuntó, la Constitución además de ser una norma aristocrática, autoritaria y confesional, también se caracterizaba por ser supeditadora de los derechos individuales al orden, así lo ha sostenido uno de los grandes crítico de este texto: "*La Constitución quedó reducida a la retención, al estado de sitio y al título XXI cuyas letras agrupan facultades presidenciales transitorias que se vuelven permanentes. Es la primera de sus vicisitudes*".[45] En este sentido se llegó incluso a la desconstitucionalización de los mandatos constitucionales con la incorporación del Título III al Código Civil ordenada por el artículo 52 de la Constitución. Lo que no añadía ninguna fuerza a la Constitución, al contrario se la restaba, pues en virtud de esta disposición no se elevaba dicho Título a una categoría superior, sino que opuestamente se le colocaba en una norma de rango inferior y una materia tan delicada se dejaba al arbitrio del legislador ordinario. La justificación histórica de esta norma que ha sido considerada absurda y antitécnica por la doctrina colombiana, radica en que para la época se creía que los jueces solamente podían aplicar la ley, no la Constitución y en consecuencia para poder dar efectividad práctica a los derechos civiles y garantías sociales

[45] cfr. Saa Velasco: op. cit. pág. 64

consagrados en ella, era necesario incorporar tales disposiciones a la legislación ordinaria con base en la cual debían producirse los pronunciamientos judiciales.[46].

2.1.8 Exorbitantes Poderes del Ejecutivo.

La Constitución revistió al Presidente de la República de una amplia gama de facultades y lo hizo de tal forma que no se conocían antecedentes en el país. Se estableció un régimen de excepción además de amplio carente de controles, lo que permitió que las principales decisiones del Estado se basaran en una Constitución creada ad-hoc reduciendo a letra muerta el texto original y siendo esto la causa de la crisis institucional de cambio de siglo.[47] La facultad otorgada al Congreso para revestir al Presidente de poderes extraordinarios pro-tempore, no era en si misma un atentado contra el carácter normativo de la Constitución; por el contrario con el correr del tiempo se ha demostrado que ella es una práctica tan conveniente que su uso se ha extendido de manera universal, especialmente por las implicaciones que tiene el Estado en el mundo contemporáneo particularmente en el manejo económico-social; el defecto radicaba en que se hizo de manera tan amplia que carecía de antecedentes en el derecho constitucional colombiano y aun en el constitucionalismo comparado y sobre todo porque como se ha afirmado doctrinalmente, por este procedimiento no hubo garantía social o derecho civil -textos muertos- que no fuera conculcado por el legislador.[48] El caso más claro de estas excesivas atribuciones al ejecutivo se presentó con la ley 61 de 1.888 que facultó al Presidente para "*reprimir y prevenir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado que*

---

[46] ver Sanín Greiffestein: págs. 104 y 105

[47] cfr. Charría Angulo: op. cit. pág. 3

[48] cfr. Tascón, Tulio Enrique: Historia del Derecho Constitucional Colombiano, pág. 183

afecten el orden público, pudiendo imponer penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión o perdida de derechos políticos por el tiempo que sea necesario", hecho que constituyó un desvío en el esquema demoliberal, de suyo ya muy restringido, hacia un régimen absolutamente policíaco carente de libertades ciudadanas.[49]

2.1.9 Falta de Vigencia Real.

Dejando de lado los aspectos jurídico-formales, se puede afirmar que el principal problema de esta norma fue su falta de eficacia y vigencia real, los poderes públicos desconocían por completo sus mandatos y burlaban constantemente sus disposiciones y los individuos no tenían la capacidad suficiente para exigir respeto por su norma fundamental. Algún autor lo apuntó acertadamente hace algunos años: "*La vigencia de la Constitución de 1.886 no ha sido apacible; su estructura exhibe los rastros de bruscos asaltos y soterrados atracos..... Su transcurrir ha conocido la guerra civil, el uso preferente de sus disposiciones arbitrarias y funciones de excepción, las interpretaciones desviadas, los golpes de cuartel y las «legitimaciones»; constantemente la violencia bipartidista y, hoy, las convulsiones diarias de la lucha de clases*".[50] Es decir, que ella dudosamente rigió alguna vez como estatuto fundamental vinculante para los sujetos del poder público, puesto que al poco tiempo de ser expedida y después de una precaria vigencia, rápidamente sufrió un proceso de erosión en su eficacia y acabó por morir totalmente arrasada por los gobiernos de facto de principios de siglo.[51] Sin embargo y aunque parezca paradójico, la Constitución de 1.886 duró una

---

[49] cfr. Chinchilla Herrera, Tulio Elí: El Mito de la Constitución de 1.886, Estudios de Derecho Nº 109-110, pág. 28

[50] ver Saa Velasco: op. cit, págs. 37 y 68

[51] cfr. Chinchilla Herrera: El Mito ....., pág. 26

centuria, cien años de continuas lesiones, unas veces sin decoro, otras con disimulo, se la violentaba aduciendo argumentos y motivos tanto de conveniencia como jurídicos.

Todo lo anterior condujo a la crispación generalizada del país, se vivía bajo un régimen verdaderamente dictatorial, la oposición política estaba subyugada, sin posibilidad de representación y los derechos fundamentales estaban supeditados a las necesidades de los gobernantes de turno, ello sin contar con que la situación social del país seguía siendo de absoluto abandono, con una inmensa mayoría de la población viviendo bajo condiciones de pobreza absoluta, en el total analfabetismo y enfrentada a una aristocracia tradicional que concentraba los medios de producción y los medios educativos y culturales. Por ello no es de extrañar que durante los primeros años de vigencia formal de la Constitución se hubiera generado la más cruenta guerra civil de toda la historia de Colombia, un golpe de estado civil y otro militar, además de las más descarada conculcación de derechos y libertades y sobre todo, propició una hegemonía de 40 años del partido conservador en el poder, anulándose así la posibilidad de la alternancia partidista y asfixiando el pluralismo político.

No obstante lo expuesto, hay quienes equivocadamente opinan que la Constitución de 1.886 fue una Constitución a la medida, sostienen que fue hecha a la medida de la Colombia de finales del siglo XIX y que copió el país de entonces con fidelidad asombrosa, de espejo. Piensan que no es otra la explicación de su supervivencia centenaria en un país aquejado por la "*manía epiléptica*" de reformar y apoyan su tesis con el argumento de que las múltiples enmiendas no pudieron desdibujar su original perfil monocrático.[52] Aunque no parece

[52] Esta criticable tesis ha sido sostenida entre otros, de manera principal por Luis Carlos Sáchica, cfr. Siete Estudios Constitucionales, pág.. 117 y su obra "La Constitución de 1.886, una

muy acertada una defensa en esos términos de una norma que no reconocía derechos y garantías individuales, que arrollaba literalmente con cualquier posibilidad de oposición política e ideológica, que había enquistado a la iglesia católica en todos la ámbitos de la vida nacional, que se engullía la capacidad del país nacional en aras de un centralismo paquidérmico y absorbente y sobre todo porque daba marcha atrás a importantes conquistas liberales que se habían plasmado en 1.863, por eso pienso que defender la original Constitución de 1.886 es como pretender alabar y elogiar los retrocesos del oscurantismo medieval.

3. HACIA LA RECONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PAÍS.

El azaroso panorama ya descrito había sumido al país en la más absoluta miseria y en una caótica situación política y jurídica que hacía imposible su gobernabilidad, y que alcanzaba tales niveles que aun desde el mismo partido conservador, valedor de todo este sistema, comenzaron a elevarse voces de protesta que pretendían la moderación del sistema.[53] Pero hubo

---

Constitución a la Medida". En cuanto a la célebre frase "manía epiléptica" ha sido atribuida desde siempre a Miguel Antonio Caro, ex-presidente de la República (1.892- 1.896), agudo pensador, escritor y filólogo, pero sobre todo, progenitor del pensamiento conservador, reaccionario, aristocrático, autoritario y confesional consagrado en la Constitución de 1.886. La frase resulta certera para describir los 20 procesos constituyentes de importancia (ello dejando de lado los centenares de reformas de carácter insubstancial) a que se ha visto sometida Colombia en poco más de 170 años de vida republicana. Cifra que equivale a un proceso constituyente cada 8.5 años, de los cuales nueve han culminado en una nueva Constitución, seis en profundas reformas a la Carta de 1.886 y finalmente cuatro que se han visto frustrados por muy diversas causas pero que incluso habían llegado a estar temporalmente en vigencia. El que quedaría faltando para completar los veinte de que venimos hablando, es el Decreto Orgánico del Libertador Simón Bolivar de 1.828.

que esperar hasta 1.910 para que desaparecidos de la escena política los constituyentes de 1.886, se pudiera abordar la reforma de algunas de las instituciones de la Constitución y dar principio a la reconstitucionalización del país.

Con este proceso se buscaba consolidar la paz, reformar los rasgos autoritarios y centralistas de la constitución de 1.886, un cambio de sentido en la discusión pública hacia lo económico, lo social, una vigencia permanente de la separación de los poderes y de la garantía de los derechos individuales, en especial la libertad de prensa. La transformación necesaria era de tal naturaleza que no se equivoca un autor cuando afirma que antes de 1.910 no había régimen constitucional, que lo anterior eran ensayos y aproximaciones, que el derecho escrito no correspondía a la realidad de los actos ejecutivos y que la Constitución de 1.886 tan sólo había regido en la teoría de las afirmaciones gubernamentales.[54] Resulta claro que era imperativo aceptar la supralegalidad de la carta política como primer paso para la guarda constitucional, pero no era ese el único escollo a superar; había que aceptar la sanción para los actos jurídicos que contradijeran sus mandatos, es decir admitir el ejercicio del control constitucional y además señalar el órgano encargado de aplicarlo.[55] Este proceso de abrir camino hacia la

---

[53] Así lo expresó uno de sus dirigentes, José Vicente Concha en una intervención en la Cámara de Representantes el 21 de julio de 1.898 y que sólo por el valor anecdótico de su forma, transcribo textualmente: "La Constitución colombiana que tenéis en vuestras manos,..... ha sido un ídolo de irrisión, un rey de burlas..... que se ha cubierto de retazos de gastada púrpura, para darle atributos de realeza; en cuyas manos se ha puesto, a guisa de cetro, frágil caña que se le arrebata a cada instante para golpearle el rostro" (citado por Rubén Alberto Maiguel y Camilo Alberto Gómez en su obra Procedimientos de Control de Constitucionalidad en Colombia, pág. 5)

[54] cfr. Uribe Vargas, Diego: Estructura Constitucional para el Cambio, pág. 23

Constitución normativa fue lento y apenas si comenzó a vislumbrarse en 1.904, cuando la ley 2 de ese año en su art. 2 dispuso que: "*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 lo dispuesto en la Constitución Nacional en la materia*". A partir del control de los poderes extraordinarios del ejecutivo se dio principio a la concreción de una superioridad normativa de la Constitución sobre la legislación y el resto de la normatividad; pero la reforma definitiva sólo se dio en 1.910 cuando se convocó una Asamblea Nacional Constituyente de carácter democrático que emprendió una profunda reforma del sistema constitucional mediante el Acto Legislativo Nº 3 de ese año y que en lo tocante al orden político buscaba otorgar un mínimo de garantías al partido de la oposición y controlar los excesos de los gobernantes de turno, en tanto que en el orden jurídico, la reforma se concretó en el establecimiento de un singular control de constitucionalidad, que por sus características vino a constituirse en un avance notable en el universo jurídico. Dicho control se hizo efectivo con la consagración en el art. 41 del A.L Nº 3, del control concentrado de constitucionalidad sobre los actos con rango de ley, encomendado al pleno de la Corte Suprema de Justicia y activado mediante una acción pública; se complementó con el establecimiento de un control difuso, consagrado en el art. 40 con la llamada excepción de inconstitucionalidad en los siguientes términos: "*En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales*" y que podía poner en marcha toda persona dentro de cualquier proceso.[56] Pero adicionalmente

---

[55] cfr Maiguel y Gómez: op. cit, pág.. 5

[56] Para Eduardo Rodríguez Piñeres, fue el art. 6 de la ley 153 de 1.887 el causante de que en Colombia se hubiera llegado en 1.910 mediante el A.L No 3 (arts. 40 y 41), a la adopción del sistema

el art. 42 facultó a la ley para la creación de la jurisdicción contencioso administrativa, que fue efectivamente organizada mediante Acto Reformatorio de la Constitución de 10 de septiembre de 1.914 con una variada gama de funciones, especialmente la de ser tribunal supremo de lo contencioso administrativo. El control se vertebraba en un sistema de doble jurisdicción constitucional, lo que implicaba que la inconstitucionalidad de las leyes podía declararse bien por la vía activa (acción pública de inconstitucionalidad), bien por la vía exceptiva (excepción de inconstitucionalidad) y ha sido opinión generalizada en la doctrina colombiana que este sistema significó un aporte y un avance en el derecho constitucional moderno, que años más tarde habría de ser refrendado por el prestigio de Kelsen. Por consiguiente no es a las constituciones democráticas de la posguerra a las que se debe esta culminación de la racionalización del poder, pues se ha creído generalmente y hasta donde las investigaciones llegan es cierto, que Colombia fue el primer país del mundo en adoptar la llamada acción de inconstitucionalidad en su carta fundamental. Esto no obstante y por causas difíciles de explicar, el sistema ha sido ignorado en la literatura jurídica extranjera.[57]

---

conjunto de control, pues la excepción no era más que una respuesta a la referida disposición. La reacción se llevó a un extremo al que no debió llegarse y por ello se puede decir que los constituyentes de 1.910 llegaron más por casualidad que intencionadamente a la consagración de la figura de la excepción. (citado por Francisco de Paula Pérez, op. cit, pág. 440).

[57] Esta es la tesis general que sostiene la mayor parte de los constitucionalistas colombianos, por todos ellos cfr. las obras de Jaime Sanín Greffeinstein: op. cit. pág. 112, Tulio Enrique Tascón: op. cit. pág. 239 y Alvaro Copete Lizarralde: Lecciones de Derecho Constitucional, pág. 223. Aunque antes de cualquier afirmación categórica en este sentido hay que considerar que en el sistema constitucional brasileño tales instituciones existían desde 1.891, por lo menos lo referente al control difuso, sistema que había llegado a ese país gracias al advenimiento de las instituciones estadounidenses,

Alguno considera que la reforma de 1.910, por la magnitud de sus transformaciones, significó una nueva Constitución y no una reforma, puesto que no se acudió al procedimiento reformatorio normal ordenado por la Constitución de 1.886 como único método válido para su enmienda y porque existiendo un Congreso, se acudió a la expresión de las fuerzas sociopolíticas más primarias a través de una Asamblea Constituyente integrada por representantes de las municipalidades, con lo que se restauró la vida constitucional mediante la intervención de hecho de un poder constituyente primario que infundió legitimidad al nuevo modelo político-jurídico.[58]

Este sistema configurado entre 1.910 y 1.914 fue avanzando paulatinamente y sufrió modificaciones tal como la incorporada en 1.945 mediante el Acto Legislativo Nº 1, que delimitó los ámbitos competenciales entre la jurisdicción constitucional y la contencioso administrativa, respecto de las clases de decretos que cada una debía controlar al disponer que a esta última le correspondía conocer y decidir de las acciones que por motivos de inconstitucionalidad se invocaran contra los decretos del orden nacional que tuvieran carácter administrativo y que los tribunales departamentales de esta jurisdicción fallarían las demandas de inconstitucionalidad dirigidas contra los actos de las administraciones departamental y municipal, además del

propiciado por la desaparición del imperio brasileño y su sustitución por una República federal, donde surge el poder judicial como garante de ese pacto federativo, así lo dispuso el art. 60.a de la Constitución de 1.891: "compete aos juizes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguna das partes fundar a açâo, ou a defensa, em disposiçâo de Constituçâo Federal". (cfr. Sara María Stroher Paes: Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade. Origem e Evoluçâo, Revista de Informaçâo Legislativa Nº 118, págs. 139 a 156)

[58] Chinchilla Herrera, Tulio Elí: El Mito....., págs. 29 y 30

control de legalidad que ya les competía y en 1.968 especializando el control mediante la creación de una Sala Constitucional en la Corte Suprema, que operaba como una fórmula transaccional entre los que querían una Corte Constitucional y los que querían seguir con la vieja Corte Suprema de Justicia. Pero el sistema no culminó con la incorporación de la Sala Constitucional, sino que siguió avanzando hasta el establecimiento de una Corte Constitucional especializada y diversa de la Corte Suprema, modificación que representa la definitiva adopción del sistema continental europeo de justicia constitucional[59]

---

[59] Varios intentos en este sentido se venían dando desde 1.957 cuando la Comisión Paritaria de Reajuste Institucional consideró que encomendar el control a magistrados generalistas era grave porque estos sólo hacían énfasis en sus respectivas áreas y descuidaban los asuntos constitucionales. En el mismo sentido se pronunció Carlos Restrepo Piedrahita durante el trámite de la reforma constitucional de 1.968. Independientemente de las bondades que llegue a representar la Corte Constitucional, su creación conlleva un factor negativo en tanto significa la claudicación de un sistema propio que había ido evolucionando a lo largo de 80 años, pero sobre todo por cuanto la misma no deja de ser una copia del sistema continental europea y las copias entrañan el grave riesgo de que si no se hacen con la sutileza y la fineza suficientes, las mismas no pasarán de ser una simple caricatura.

CAPÍTULO III
LA CONSTITUCIÓN DE 1.991 ¿UNA CONSTITUCIÓN NORMATIVA?.

1. INTRODUCCIÓN.

Me parece oportuno y de acuerdo a la metodología trazada, acudir nuevamente al jurista alemán Karl Loewenstein y aprovechar su clasificación para encuadrar la reciente Constitución colombiana de 1.991.[60] Para él la normatividad de

---

[60] cfr. Loewenstein, Karl: op. cit. pág. 217. Aunque hay que precisar que atendiendo rigurosamente la definición, hay que decir que estamos hablando de un supuesto porque sólo la práctica constitucional podrá demostrar la concordancia de esta norma con la realidad del proceso del poder y en qué medida detentadores y destinatarios del poder la acatarán en la práctica. En este sentido la Constitución de 1.991 es muy reciente y no ofrece parámetros suficientes que permitan calificarla de tal. Así ha sido sostenido por quienes opinan que para saber con certeza hasta qué punto la Constitución de 1.991 es un pacto político viable para la resolución de la crisis política colombiana, hay que esperar que el paso de los años permita hacer una evaluación retrospectiva de su impacto en las distintas esferas de la vida nacional y que aunque hay innumerables acontecimientos que hacen evidente que la crisis política colombiana todavía no se ha solucionado, nadie debe sorprenderese por eso, porque sería ingenuo suponer que una crisis de tal magnitud y de tan larga duración se podía resolver en los pocos años siguientes a la promulgación del nuevo pacto político. (cfr. John Dugas: La Constitución de 1.991 ¿Un Pacto Político Viable?, págs. 38 y 42). Aunque no se puede perder de vista que la capacidad reformadora e innovadora de una norma la mayor parte de la veces se aprecia desde el comienzo de su vigencia. Así por ejemplo es clarísimo el ejemplo de la Constitución española de 1.978, que en los mismos cuatro años de vigencia, logró una profunda transformación de las estructuras sociales e institucionales, pasando rápidamente de un sistema autoritario a una democracia plena y consolidada, que fue capaz de

la Constitución radica en el grado de adaptación de la misma al proceso político real de una sociedad, es aquella que es realmente vivida por sus destinatarios y por los poderes públicos y que es observada lealmente por todos los interesados, produciéndose una simbiosis entre Constitución y sociedad. En otro sentido el término Constitución normativa se refiere a las constituciones posteriores a la II Guerra Mundial, que en Europa intentan implantar su normatividad a través de mecanismos jurídicos y especialmente a mediante un órgano especial, el Tribunal Constitucional, o sea que aquí el término Constitución normativa se refiere especialmente a los mecanismos que se prevén para lograr la convergencia entre la normativa constitucional y la realidad política.

Concretamente en Colombia después de haberse vivido el período de mayor inestabilidad democrática de toda la historia y de haber sido azotada por una oleada de terrorismo y violencia sin precedentes nacionales y probablemente sin parangón en el mundo, se abordó en 1.991 la elaboración de una nueva Constitución para reemplazar la centenaria de 1.886 que se consideraba obsoleta para afrontar la grave crisis a que se veía abocado el país. Fue la presión popular la que desembocó en la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente que fue electa bajo un consenso general y con carácter ampliamente participativo donde tuvieron representación todas las fuerzas y grupos sociales que componían el país. Ella era un intento de dar respuesta a la profunda crisis política que padecía la nación

---

superar un embate de la naturaleza del producido con la intentona de golpe de estado del 23 de febrero de 1.981 o que pasó en el mismo lapso de tener un partido comunista proscrito a legalizarlo y que vio además desde la derecha la más recalcitrante, el acceso al poder de un partido socialista poco antes clandestino. Así que de acuerdo a la experiencia constitucional española podemos concluir que cuatro años no es tiempo bastante pero si suficiente para enjuiciar la capacidad de cambio de una norma.

colombiana; crisis de prolongada duración que se tornó mucho más aguda a raíz del crecimiento de la violencia multifacética de la segunda mitad de los años 80, especialmente desatada por el fenómeno del narcoterrorismo.[61] Fruto de este denominado, de forma retórica, "Gran Acuerdo Nacional", surgió una nueva Constitución que pretende reordenar la convulsionada vida de los Colombianos.

Este factor de la amplia representatividad es el que determina los rasgos esenciales de la Constitución de 1.991, es lo que la convierte en una norma de compromiso, un pacto entre todas las fuerzas vivas de la población, lo que la hace un texto político inédito dentro del constitucionalismo colombiano, puesto que por primera vez la Constitución no es fruto de una imposición doctrinaria de los vencedores sobre los vencidos, ni de la supremacía ideológica de uno o varios grupos políticos sobre otros. Al contrario la redacción de la nueva carta se caracterizó por el desarrollo de un proceso de negociación que intentó producir un pacto político que consagrara nuevas reglas para el ejercicio del poder.[62] En esto se asemeja a la española de 1.978, pues según García de Enterría la Constitución de 1.978 a diferencia de todas las anteriores, fue una obra colectiva fruto del compromiso entre las fuerzas políticas relevantes, una obra del consenso como acertadamente se le ha calificado, que fue aceptada virtualmente por todos los partidos con representación parlamentaria.[63]

---

61 cfr. Dugas, John: op. cit, pág. 15

62 Ibídem: pág. 24

63 cfr. La Constitución como Norma, págs. 27 y 28. Aunque hay parte de la doctrina que otorga un carácter esencialmente consensual a la Constitución Española de 1.837, consecuencia de un pacto entre los liberales progresistas y los moderados, lo que dio como resultado una norma progresista, cualidad que se manifiesta en tres aspectos: la amalgama de principios, ya moderados, ya progresistas (simbiótica), principios que eran además sumamente

En este punto concreto está claro que en Colombia el concepto de Constitución ha sufrido una sustancial transformación en 1.991 pues ha variado su naturaleza y su valor normativo, ha cambiado el ámbito material de regulación, su ubicación en el ordenamiento y su función político-jurídica. Se aprecian novedades importantes en cuanto a los sujetos vinculados por los preceptos constitucionales, en lo relativo a su fuerza normativa, en su forma de aplicación y en cuanto a la metodología de interpretación; todo lo cual hace insostenible continuar realizando la lectura práctica de la nueva carta con las mismas categorías conceptuales y las mismas herramientas hermenéuticas con las que se leía la anterior;[64] esto hace que sean plenamente aplicables las palabras de Luis Pastor Ruidrejo sobre la Constitución Española de 1.978 en el sentido de que el carácter de radical novedad de la Constitución es tan palmario que resulta innecesario su constatación, en tanto ella no es la continuación de los anteriores textos, ni en temática, ni en estructura, ni en terminología, sino que se trata de un planteamiento ex novo.[65] Aunque en Colombia la principal novedad estuvo en redefinir y reforzar el carácter normativo de la Constitución, puesto que los lineamientos generales del Estado siguieron siendo los mismos que se han ido desarrollando a lo largo de casi 200 años de historia constitucional y a los que sólo introdujo matices.[66] En este sentido el proceso constituyente de

atenuados (sincrética), que además ofrecían un abanico de posibilidades para que sin salirse de lo constitucionalmente lícito, se diseñaran diversos ordenamientos políticos (elástica). (cfr. Joaquín Varela Suanzes-Carpegna: La Constitución de 1.837: Una Constitución Transaccional, RDP Nº 20, págs. 95 a 106)

[64] cfr. Chinchilla, Tulio Elí, Introducción a una Teoría Constitucional Colombiana, Estudios de Derecho Nº 117-118, pág. 11

[65] cfr. Pastor Ruidrejo, Luis Pastor: op. cit. pág.. 1596

[66] En honor a la verdad valga decir que la única radical novedad introducida en el texto de 1.991 fue la consagración de la acción de tutela y la ampliación de la carta de derechos, así como

1.991 si se diferencia substancialmente de otros procesos constitucionales, valga como ejemplo nuevamente el proceso español de 1.978, que modificó la organización territorial del Estado incorporando el derecho a la autonomía de las comunidades y regiones, a mas de otras modificaciones trascendentales que por decir lo menos, implicaron la transformación completa del Estado, mientras que en Colombia y como ya se advirtió atrás, el proceso constituyente despilfarró la oportunidad de introducir modificaciones de importancia, tales como la forma de Estado, forma de gobierno o redefinición del modelo legislativo, suprimiendo definitivamente un pernicioso modelo bicameral, para estatuír un Congreso unicameral, más acorde con la estructura unitaria del Estado y con el régimen republicano de gobierno.

Desde el punto de vista del sistema de las fuentes hay que decir que se ha generado un ordenamiento jurídico nuevo que de acuerdo al preámbulo de la misma está fundado en los siguientes principios rectores: democrático, participativo, garantizador de un orden político y económico-social justo y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana. Estos principios rectores del ordenamiento se complementan con el art. 288.2 que dice que las diversas competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales (se entienden incluidas las normativas), deben ser ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

---

algunas modificaciones en el panorama institucional (defensoría del pueblo, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Fiscalía General). Esto merece un análisis de más fondo en el sentido de que es posible que se haya perdido una gran oportunidad de introducir verdaderas y urgentes transformaciones del Estado; sólo por citar un ejemplo menciono la conservación del esquema territorial del Estado que sigue manteniendo su estructura bicentenaria representada en un centralismo asfixiante que restringe las posibilidades de desarrollo regional.

Este novedoso ordenamiento jurídico delimitado por estos fines y principios desarrollado en la Constitución a través de un amplio y complejo sistema constitucional de fuentes, se caracteriza por las siguientes peculiaridades determinantes:

2. RASGOS DEFINIDORES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.991.

2.1 La Constitución de 1.991 es una Norma Jurídica de Eficacia Directa:

En este sentido representa la superación de las concepciones decimonónicas de la Constitución como un documento con un valor meramente simbólico, al convertirse en una norma directamente aplicable, de inmediato cumplimiento y con pretensiones de ordenar la vida cotidiana de los individuos. Así y al contrario de lo que había sucedido históricamente en el constitucionalismo colombiano, donde se tenía las constituciones por meros catálogos de preceptos políticos, a los que se reconocía ninguno o muy escaso valor normativo; la norma suprema expedida el 5 de julio de 1.991 se erige en norma básica y fundamental, en el vértice del ordenamiento jurídico del Estado colombiano, pues es con fundamento en ella que este se construye. Esa indeclinable vocación normativa se expresa en diversos fenómenos jurídicos que se materializan a través de una amplia y diversa gama de disposiciones diseminadas por todo el texto constitucional. Pero como se ha visto y se verá a lo largo de la exposición, dichos fenómenos no son del todo novedosos, pues se han ido perfeccionando paulatinamente con el paso de los años y muchos de ellos vienen de la anterior Constitución y sus sucesivas reformas.

En este punto se hace patente la vinculación directa entre normatividad y aplicabilidad, en tanto afirmar que la

Constitución tiene naturaleza normativa, que es una norma jurídica, no significa otra cosa que considerarla una norma susceptible de aplicación por parte de los poderes encargados de aplicar el derecho y especialmente por parte de los tribunales. Carácter normativo que tiene diversas manifestaciones: vincula a todos los sujetos de derecho y no solo a los entes públicos, existencia de una cláusula derogatoria general y especialmente cuando admite su aplicación directa sin precisar leyes de desarrollo, lo que permite que las libertades públicas y los derechos fundamentales en ella reconocidos sean alegables directamente ante los tribunales ordinarios o ante la Corte Constitucional, en su caso, según lo prevean las normas correspondientes (art. 86 C.N).[67] Adicionalmente aceptar que la Constitución es norma jurídica plena, implica que todas sus expresiones, desde el preámbulo hasta el último de los artículos codificados han de interpretarse lógicamente como enunciados con función normativa a los cuales hay que buscar el máximo de eficacia en la ordenación de las relaciones sociales. El carácter normativo se contrapone aquí al valor simbólico que se atribuye a ciertas expresiones constitucionales, sobre todo a las relacionadas con el reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales. Sólo se excluyen de la aplicación directa las normas demasiado abstractas o gaseosas, las que contienen valores o principios políticos, las que por expreso mandato constitucional tienen condicionada su aplicación a una previa reglamentación o desarrollo por parte del legislador y las que requieren de una definición política para alcanzar viabilidad práctica, como los contratos o los tratados. Para la aplicación inmediata sólo se exige que el precepto sea suficientemente concreto o específico en la descripción de la conducta que se va a adoptar.[68] Esto sin perjuicio de aceptar que en la Constitución respecto de su eficacia directa, hay un grupo de normas, un núcleo de disposiciones que para estos efectos gozan de mayor

---

67 cfr. Espín, Eduardo: op. cit, págs. 41 a 43

68 cfr. Chinchilla, Tulio Elí, Introducción, págs. 16 y 27

relevancia frente al resto de disposiciones; se trata de los derechos fundamentales que están revestidos de unos privilegios especiales, de unos procedimientos singulares destinados a garantizar su eficacia directa e inmediata y que en Colombia se concretan en la Acción de Tutela del art. 86.

Respecto de la eficacia directa de la Constitución el problema definitivo radica en saber si esta resulta o no aplicable por los órganos llamados a ejecutar el ordenamiento y especialmente por el poder judicial o si por el contrario sólo es un mandato genérico dirigido al legislador que sólo afectará la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que haya sido incorporada en leyes. Si la Constitución sólo obliga al legislador e indirectamente a los otros poderes, la acomodación del contenido del ordenamiento a la Constitución dependerá de él y en consecuencia la única garantía posible será el control de constitucionalidad de la ley, mientras que si tiene eficacia directa, significa que los jueces y en general todos los llamados a aplicar la Constitución deben tomarla como premisa de decisión, lo que implica que el juzgador deberá interpretar la totalidad del ordenamiento conforme a la Constitución y especialmente deberá examinar si la ley o cualquier otra norma de inferior rango la vulnera o contradice. Esto comporta como primera y trascendental consecuencia práctica, la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos sin la mediación imprescindible de la ley, o sea que los derechos y libertades reconocidos en la Constitución son directamente aplicables sin que necesariamente deban ser desarrollados por las leyes.[69] Y es en este punto donde se da la superación de la doctrina que imperó durante largos años y que concebía la Constitución como una mera norma programática, es decir, la formulación solemne, declaratoria y enfática de un simple programa político que luego

[69] cfr. Piniella Sorli, Juan Sebastián: Sistema de Fuentes y Bloque de la Constitucionalidad, Encrucijada de Competencias, págs. 45 y 46 y en el mismo sentido De Otto, op. cit. pág. 76

correspondería al legislador en cuanto a su traducción a verdaderas normas jurídicas eficaces. La Constitución organizaba y articulaba los poderes supremos, pero estas normas no eran justiciables por si mismas, no eran más que meras invitaciones al legislador mientras que hoy ha pasado a ser por si misma un instrumento justiciable y se ha creado un jurisdicción nueva con esa misión, es decir ella se ha convertido en una norma jurídica y no cualquier norma jurídica, sino precisamente la suprema, la que puede exigir cuentas a todas las demás, la que condiciona la validez de todas estas.[70]

2.2 La Constitución de 1.991 es la Norma Suprema del Ordenamiento.

Ya hemos visto que el ordenamiento jurídico del Estado ciertamente y muy especialmente a partir de las posiciones normativista de Hans Kelsen y ordinalista de Santi Romano, obedece a una jerarquía normativa cuya base es la norma constitucional. El principio que soporta toda la estructura del ordenamiento jurídico nacional es la supremacía de la Constitución sobre las demás normas y actos emanados de los órganos del poder, principio que en la Constitución de 1.991 viene enunciado en el art. 4 y procura tanto la unidad y desarrollo armonioso del ordenamiento jurídico como una relativa estabilidad institucional bajo la cobertura de la supralegalidad representada por la Constitución.[71] Dicho art. 4 al consagrar que "*La Constitución es norma de normas*", se erige en la manifestación expresa y absoluta del indiscutible valor normativo de la misma y a la vez significa que ella, más que un conjunto de principios y valores, es una norma que obliga por igual a gobernantes y gobernados. En otro sentido se traduce en

---

[70] cfr. García de Enterría y Fernández: op. cit. págs. 95 y 96.

[71] cfr. Sáchica, Luis Carlos: Nuevo Constitucionalismo Colombiano, pág. 110

que actualmente está revestida del principio de supralegalidad que viene garantizado por un órgano especializado (la Corte Constitucional) encargado de velar por el respeto de ese especial carácter normativo expulsando del ordenamiento aquellas normas inmediatamente infraordenadas que la contradigan. De otro lado y como complemento indispensable de la noción de control, se encuentra la idea de reforma mediante procedimientos especiales, más agravados, que la diferencian del método de reforma de la legislación común. Elementos que tradicionalmente han significado para la teoría constitucional los dos pilares fundamentales sobre los que se asienta la supremacía constitucional, aunque como lo veremos, el concepto de supremacía es mucho más extenso y abarca otra serie de elementos bastante amplios, que en ningún momento se pueden considerar secundarios, pues faltando uno de ellos, la supremacía constitucional se verá gravemente afectada.

La supremacía normativa de la Constitución tiene un doble contenido, uno visto que es esa condición de supralegalidad y de legitimadora del sistema, que implica que para determinar el origen, al menos el origen próximo de las normas, se haga imprescindible el recurso de la Constitución pues ella es el resultado de un amplio consenso social y es la expresión de los valores básicos y fundamentales que hacen que esté llamada a ser la instancia jurídica que supraordenada al resto del ordenamiento, aunque dentro del mismo, pueda jerarquizar las fuentes del derecho e imponerles al mismo tiempo la necesidad de su contenido justo. Pero de otro lado, la supremacía normativa también supone que no hay una norma por encima de ella que la legitime, porque como lo afirma Hesse, ella debe su legitimidad al acuerdo en torno a su contenido o al menos al respeto del mismo.[72] Ella deriva su validez de una

[72] cfr. Hesse, Konrad: op. cit. pág. 24 y en el mismo sentido Antonio Gordillo Cañas: Ley, Principios Generales y Constitución. Apuntes para una Relectura desde la Constitución de la Teoría de las

decisión del poder constituyente y todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico son normas secundarias pues su validez deriva de la propia Constitución al estar elaboradas de acuerdo a las prescripciones de esta, condición que establece la radical diferencia entre la Constitución y las demás normas del ordenamiento jurídico, pues las otras requieren su conformidad con algún parámetro para ser consideradas válidas, mientras que el ordenamiento constitucional no depende de ninguno, no es cuestión de legitimidad jurídica, sino de legitimidad política, no es cuestión de derecho sino de hecho.[73] Acertadamente lo ha apuntado Rubio Llorente quien afirma que el derecho es seguramente un producto social y es vano y estéril cualquier intento de prescindir de esta conexión.[74]

Esta legitimación social o consensual ha supuesto la superación del derecho natural en sus distintas claves explicativas o fundamentadoras que habían constituido históricamente la más sólida base sustentadora del gran edificio del derecho, tanto en la legitimación de su existencia como elemento organizador y ordenador de la convivencia social, como en la justificación de sus particulares contenidos normativos. Y es que el pluralismo y la secularidad de nuestro tiempo impiden el recurso a una instancia fundamentadora y legitimadora de expresa raíz teológica y confesional, lo que no obsta para que el fundamento del derecho y la inspiración justa de su contenido sigan siendo exigencias ineludibles.[75] En este sentido es concluyente Ignacio de Otto, quien afirma que para fundamentar el valor normativo de la Constitución sería preciso acudir a una norma superior a ella, pero que no existe y de existir tampoco

---

Fuentes del Derecho, Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 23 y 24, publicado también en ADC de 1.988

[73] En este sentido cfr. Balaguer Callejón: Fuentes T. I, pág. 85, Espín, La Constitución, pág. 43

[74] Rubio Llorente: op. cit. pág. 54

[75] Gordillo Cañas: op. cit. 24

resolvería el problema porque también habría que preguntarse por su valor normativo y por el fundamento de su condición de norma superior, llegándose siempre a una norma que está en la cúspide del ordenamiento jurídico y que no puede encontrar su fundamento en ninguna otra superior y como la fundamentación de la validez y superioridad de esa norma jurídica no se puede hacer a partir del derecho positivo, la validez del ordenamiento jurídico es algo que hay que dar por supuesto y lo que interesa es su ser, su contenido, no el fundamento metajurídico sobre el que se apoya.[76]

Visto someramente el problema de la fundamentación de la supremacía constitucional, hay que decir ahora que ella puede ser formal o material. En su vertiente formal la Constitución condiciona externamente los procesos de producción normativa al determinar los órganos habilitados para producir normas jurídicas, las vestiduras formales que han de ostentar, los sectores en que unas y otras deben y no deben actuar, así como los procedimientos que alteran el propio texto. En sentido material la supremacía implica condicionar internamente el contenido de todas las normas inferiores, tanto en el momento de su producción cuando el texto debe ser compatible o no contradictorio con el texto constitucional, como en el momento de la interpretación y aplicación de dichas normas por los operadores políticos y jurídicos, de tal manera que el resultado de dicho proceso sea igualmente compatible o no contradictorio con la Constitución.

---

[76] cfr. De Otto: op. cit. págs. 24 a 26. En esta cita el insigne profesor de Oviedo se remite claramente a los postulados kelsenianos. Es bueno precisar que el concepto de la norma fundamental supuesta vs. la norma impuesta (positiva) es el vértice de las elaboraciones kelsenianas sobre el ordenamiento jurídico, pues a partir de ella que se encuentra el fundamento de la validez de este. (cfr. el capítulo IX de su Teoría Pura del Derecho, aunque en muchas de sus obras se pueden encontrar referencias a este concepto)

Ahora bien, de la supralegalidad material de la Constitución sólo se puede hablar si se dan dos supuestos: 1) sustantivo: Existencia de un deber jurídico en virtud del cual todos los preceptos y normas deben tener un contenido compatible con las normas constitucionales, principio que debe cobijar también a la ley que ya no es un mandato incondicionado y soberano, sino una norma subordinada a un texto de superior rango y sometida al control de un órgano distinto al legislativo. Las raíces de esta idea se remontan al iusnaturalismo que reconocía la superioridad de la ley natural y divina sobre el poder normativo del Estado, así como de las referencias al *"common law"* y *"law of the land"* del derecho inglés y estadounidense. b) la existencia de órganos y mecanismos adecuados que la lleven a efecto mediante los procedimientos de comprobación y de competencia de rechazo, lo que es posible si se trata de normas inferiores a la ley, porque si se trata de esta, el juez o tribunal no puede simplemente dejar de aplicarla ya que pondría en cuestión dos principios básicos del sistema democrático liberal: la soberanía parlamentaria como expresión de la voluntad popular y el de la separación de poderes, por cuanto órganos subordinados a la ley como son los jueces y tribunales entran a controlar la acción del poder legislativo. Ellos solo poseen la potestad de comprobación, pero no la de rechazo respecto de la ley.[77]

---

[77] Santamaría Pastor: op. cit. págs. 463 a 480. Esta aseveración merece algunas matizaciones, pues esa capacidad de inaplicación en cabeza de cualquier juez, que no de rechazo, es la propia de los sistemas difusos de control de constitucionalidad, como el estadounidense, donde el juez simplemente puede dejar de aplicar una ley para dar paso preferencial a una norma constitucional que la contradiga. Esta potestad también se da en los sistemas de control mixto, donde se inscribe el colombiano, donde a más del control concentrado, se presenta el control difuso con características similares al modelo original de Estados Unidos.

2.3 La Constitución de 1.991 es la Norma que Regula las Fuentes del Derecho.

Es este sentido hay que decir que es en ella en donde se encuentran las disposiciones que regulan las diferentes clases de normas, su orden de precedencia y su contenido formal. Esto significa la superación de las concepciones decimonónicas que imponía que la regulación tradicional de las fuentes estuviese en el Código Civil y en las leyes básicas de cada sector del ordenamiento, resultado del principio de supremacía de la ley y de la estructura fuertemente centralizada del Estado democrático liberal sin distribución territorial del poder normador. Pero los Estados han evolucionado con el reconocimiento de potestad normativa a los entes autónomos, a los entes supranacionales, con la diversificación de las leyes y el reconocimiento de poderes normativos a los particulares.[78] El hecho de que tradicionalmente la regulación sobre el sistema de prelación de normas estuviera en el Código Civil tiene una explicación histórica: el Estado constitucional burgués encomendó al Código Civil la regulación y salvaguarda del fundamental derecho a la propiedad y en base a la ley, que se concebía como la expresión de un poder soberano resistente e ilimitado, se regularon las demás fuentes del derecho que le eran subordinadas. El modelo del Código Civil se hace insuficiente a principios de siglo, especialmente a partir de la descentralización territorial que introduce un factor de complejidad en cuanto reconoce a determinados entes territoriales un poder de decisión política y de gestión de intereses propios que se traduce en potestad normativa. Por otra parte con la aparición de un nuevo modelo de sociedad que demanda mayor intervencionismo del Estado para el cumplimiento de los fines del bienestar social, el derecho se desarrolla y se expande para regular nuevas situaciones y la actividad reglamentaria del gobierno se extiende cada vez más, llegando incluso a reconocer fuerza normativa vinculante a los

[78] cfr. De Otto: op. cit. págs. 83-84

convenios celebrados entre la representación patronal y obrera.[79] Aunque no obsta decir que la entrada en vigor de la Constitución no ha implicado en principio la derogación de la normativa sobre fuentes contenida en el Código Civil, sino la coexistencia de dos distintas regulaciones, una de rango constitucional y la otra legal, sin que ello suponga ningún inconveniente en tanto las normas legales sobre fuentes no contradigan lo dispuesto en la Constitución.[80]

La idea de Constitución como determinadora de las fuentes del derecho, surge esencialmente a partir de las concepciones kelsenianas, donde la Constitución es el grado superior del derecho positivo, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales, determinar el procedimiento que se debe seguir, pero además puede determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. De esta forma la Constitución viene a determinar el orden jurídico como una estructura jerárquica compuesta por normas que se distribuyen en diversos estratos superpuestos. Ordenamiento que se presenta unido gracias a que la creación y en consecuencia la validez de cada norma, está determinada por una tercera norma, pudiéndose por esta vía remontar hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto.[81]

---

[79] cfr. Piniella Sorli: op. cit. 43. Por una tradición que conecta con la influencia del Código Civil francés sobre las demás codificaciones, la doctrina general de las fuentes del derecho, se ha localizado en el título preliminar de este código.

[80] cfr. De Otto: op. cit. pág. 85

[81] cfr. Kelsen, Hans: Teoría Generale del Diritto e dello Stato, págs. 126 y 127 y como se había dicho atrás, también pueden seguirse estas ideas en su obra Teoría Pura del Derecho, págs. 117, 118 y 147

3. MECANISMOS GARANTIZADORES DE LA ESPECIAL POSICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

3.1 Controles Jurídicos.

3.1.1 Jurisdicción Constitucional

La jurisdicción constitucional en Colombia se ha ido construyendo paulatinamente a través de un largo proceso que ha durado más de cien años y que comienza en 1.886 cuando la Constitución de ese año otorgó a la Corte Suprema de Justicia (C.S.J) la facultad de resolver definitivamente las objeciones que por inconstitucionalidad, hiciera el Presidente de la República a los proyectos de ley. Posteriormente en 1.904, la ley 2ª en su art. 2 dispuso que: "*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 lo dispuesto en la Constitución Nacional en la materia*". Se encomendaba así a la misma corporación, la decisión final sobre las demandas contra los decretos extraordinarios dictados en virtud de los estados de excepción. Pero estos avances no resultaban suficientes para garantizar la supralegalidad constitucional, por lo que se hacía necesario establecer mecanismos más idóneos para preservar el papel preeminente de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico. Así se llegó en 1.910, mediante el Acto Reformatorio Nº 3 de ese año, al establecimiento del control judicial de constitucionalidad, que se ejercería a través del pleno de la C.S.J (integrado por las salas de casación civil, laboral y penal), procedimiento que operó hasta 1.968, cuando el art. 71 de la reforma constitucional de ese año especializó el control al crear la Sala Constitucional de la C.S.J, integrada por cuatro especialistas en derecho público. Finalmente la Constitución de

1.991 en el art. 239 modificó completamente el sistema al separar de la jurisdicción ordinaria las funciones de justicia constitucional y encomendarlas a una Corte Constitucional (C.C) integrada por nueve miembros pertenecientes a las diversas especialidades del derecho y que son elegidos por el Senado de ternas que le presentan el Presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Pero hay que tener en cuenta que además de controlar la constitucionalidad de las normas con rango de ley (leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes ordinarias, decretos legislativos y decretos leyes), en 1.991 se ampliaron los actos controlables así: garantizar los derechos fundamentales en casos concretos, controlar las leyes aprobatorias de tratados internacionales y sólo por vicios de forma, las consultas populares nacionales, los actos de convocatoria de asambleas constituyentes, los referendos constitucionales, los referendos legales, los plebiscitos y las reformas constitucionales. Además en virtud del art. 214 de la anterior Constitución, a la justicia constitucional sólo se le encomendaba la guarda de la integridad de la Carta, mientras que en el art. 241 de la actual Constitución se le encomienda tanto la guarda de su integridad como de la supremacía, lo que pone de manifiesto el radical cambio en la concepción del valor normativo de la Constitución operado en 1.991.

Por la fecha y por la forma de su establecimiento, el sistema de control de constitucionalidad constituyó un anticipo a concepciones jurídicas aceptadas posteriormente en otros países. En este sentido lo hecho en Colombia significó un aporte al derecho constitucional moderno, pues incluso se adelantó a las trascendentales elaboraciones de Hans Kelsen, plasmadas en la Constitución austríaca de 1.920. Sin embargo hay que decir que el principio nunca se aceptó entre nosotros en todo su alcance ni produjo todas las consecuencias debidas, ello es en gran parte imputable a la tradicional timidez de la jurisdicción constitucional colombiana en el ejercicio de sus funciones, lo que

la ha llevado a autorestringirse a la hora de ejercerla. Aunque esta es una constante que parece estar cambiando con el establecimiento de la C.C.[82] Actualmente la justicia constitucional opera de la siguiente manera:

3.1.1.1 Control Abstracto por la Vía de la Acción Pública.

La acción pública de inconstitucionalidad fue establecida mediante el art. 41 del Acto Reformatorio Nº 3 de 1.910, como una acción de carácter popular impetrable por todos los ciudadanos. Esta disposición ha sido recogida en términos semejantes por el art. 241.4 de la Constitución de 1.991 y se presenta como el vértice del sistema colombiano de control de constitucionalidad. Ella es además un derecho político que persigue la defensa de las instituciones y del ordenamiento jurídico; por eso se entiende que en los procesos donde se debate la constitucionalidad de las leyes, sea obligatoria la intervención del Procurador General de la Nación, funcionario que representa los intereses de la sociedad. Así lo manda el art. 277.3 de la Constitución de 1.991: " *El Procurador General de la Nación,*

---

[82] Estas autorestricciones brevemente se pueden sintetizar así: i. improcedencia del control cuando sólo se invocaran vicios de forma. ii. restricción del examen de constitucionalidad sólo respecto de las normas constitucionales indicadas como violadas y no con respecto al texto en su integridad. iii. exigiendo excesivos formalismos a la hora de ejercitar la acción. iv. excediendo sus facultades al declarar inconstitucionales actos reformatorios de la Constitución cuando no era competente para ello. v. finalmente corrompiendo la titularidad de la acción, tanto por exceso al concederla a los extranjeros y a las personas jurídicas, desconociendo así el mandato constitucional que sólo capacitaba para ello a los ciudadanos, como por defecto al negarla a los empleados de la rama jurisdiccional por entender que el ejercicio de la acción significaba el de funciones de abogado, para lo cual están legalmente impedidos.

por si o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones [.] *Defender los intereses de la sociedad.*"

La titularidad pública de la acción muestra palmariamente como la Constitución guarda coherencia con el principio rector consagrado en el preámbulo y el art. 2, que predica que Colombia es una República participativa y democrática, pues permite a todo ciudadano, a cualquier ciudadano, acudir ante el supremo juez de la constitucionalidad para que defina la validez de una ley confrontándola con la Constitución, sin que medien formalismos o requisitos especiales y sin demostrar perjuicios particulares, lesiones o desconocimiento de derechos individuales. Además la fuerza de la activación ciudadana es de tal naturaleza, que a la Corte le resulta imposible iniciar de manera oficiosa el procedimiento, ella sólo puede actuar a instancia de parte. En este punto es bueno anotar que recientemente la C.C realizó algunas precisiones respecto de la titularidad de la acción y definió que la misma sólo corresponde a las personas naturales nacionales que gozan de ciudadanía y de este derecho no se excluye ningún ciudadano, ni siquiera los magistrados encargados de resolver por la vía judicial dichos procesos, esto es, los de la C.C. De la misma forma 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. Esta sentencia subsana los graves abusos en que en esta materia, incurrió la C.S.J cuando ejercía de juez de la constitucionalidad.[83]

Hay que advertir que de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del art. 241 cuando la C.C encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para

[83] cfr. S.C.C C-003 de Enero 14 de 1.993

que lo subsane, ello sin perjuicio del posterior control material. Respecto de la acción hay que decir que además de popular, ella se caracteriza por ser indesistible e imprescriptible, salvo las acciones por vicios de forma que caducan en un año, lo que salvaguarda la estabilidad legislativa y equivale a mayor seguridad jurídica.[84] Finalmente los efectos de la sentencia son generales, pro futuro,[85] producen efectos de cosa juzgada constitucional, es de obligatorio cumplimiento e impide que se reproduzca el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo mientras subsistan las normas constitucionales quedieron origen a la declaración de inconstitucionalidad.

3.1.1. 2 Control Abstracto por la Vía Automática.

El control automático supone desplazar la iniciativa popular en la acción y dejar la iniciativa del control en los mismos órganos del Estado. Aunque este tipo de control no supone que desaparezca la vía de la acción popular, que será posible ejercerla de forma posterior al pronunciamiento oficioso

---

[84] Que la justicia constitucional sólo pueda actuar a instancia de parte es lo que la hace soportable en el Estado de derecho, pues si ella pudiera decidir de oficio la constitucionalidad de las leyes, el Estado democrático se desvirtuaría, ya que se estaría atribuyendo de forma general a un órgano menos democrático y que no es responsable ante nadie, el control de los actos de un órgano profundamente democrático que renueva periódicamente su legitimidad mediante su elección por los ciudadanos. cfr. Pérez Royo. Curso de Derecho Constitucional, pág. 129).

[85] En este apartado hay que decir que la C.C ha variado la tradicional jurisprudencia en este sentido y en la S.C.C C-113 de marzo 25 de 1.993, ha afirmado que es ella la facultada para determinar en cada fallo los efectos de la sentencia y de hecho ya respecto de una sentencia declaró que la misma tenía efectos retroactivos

de la C.C, pero sólo sobre aspectos no decididos en esa revisión, es decir no comprendidas en la cosa juzgada constitucional. Este tipo de control se ejerce en tres casos muy concretos que vienen reglamentados por la Constitución:

3.1.1.2.1. Sobre los Decretos Legislativos.

Opera desde la reforma de 1.968 y ha sido reproducido en la Constitución de 1.991 en los arts. 214.6 y parágrafo del art. 215. En virtud de este tipo de control, la Corte revisa automáticamente los Decretos Legislativos que dicte el Gobierno como consecuencia de los Estados de Excepción que consagra la Constitución (guerra exterior, conmoción interior y emergencia social, económica o ecológica), sin que ello suponga aplazar el inicio de su vigencia, que es inmediata. La presidencia debe hacer llegar una copia del decreto a la Corte al día siguiente de su expedición; si el gobierno no cumple con este deber, la Corte de acuerdo a las disposiciones que se acaban de citar, puede solicitar copias a la Secretaría General de la Presidencia y si ella se niega, puede acudir a los textos que han sido publicados en el Diario Oficial. Históricamente la justificación de la medida viene dada por los excesos que cometía el gobierno en el ejercicio de estos poderes y porque un control político ejercido por el Congreso que se había establecido en 1.960 resultaba inoperante. aunque en sentido contrario puede sembrar una sombra de duda. una presunción general de inconstitucionalidad sobre estos decretos. cuando la responsabilidad del restablecimiento de la normalidad y el orden, es exclusiva del gobierno.[86]

3.1.1.2.2 Sobre las Leyes Estatutarias.

Adicionalmente y a partir de la Constitución del 91 (art. 153, inciso 2), la Corte ejerce un control previo sobre las Leyes

[86] cfr. Sáchica: Nuevo Constitucionalismo .... págs 127 y 128

Estatutarias,[87] justificado en razón de la importancia de las materias que este tipo de leyes está llamado a regular y que de acuerdo al art. 152 son: Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección, administración de justicia, organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales, instituciones y mecanismos de participación ciudadana, estados de excepción. Listado que parece coincidir plenamente con las materias fundamentales que se debatieron en el proceso constituyente y que a la luz del carácter eminentemente transaccional y pacticio del mismo, se les quiso revestir de unas garantías especiales, como son el control automático y la mayoría absoluta para su aprobación, modificación o derogación, para evitar que el legislador pudiera desfigurarlos. Esto pone de relieve el papel del juez constitucional dentro del ordenamiento jurídico: ser el representante permanente del poder constituyente, su delegado a la hora de verificar los contenidos de las normas con las que se hace el desarrollo constitucional. Para materializar este control, el art. 39 del Decreto 2067 de 1.991 (Régimen de Procedimiento de los Juicios y Actuaciones ante la Corte Constitucional), ordena que el Presidente del Congreso envíe a la C.C copia de los proyectos de le Ley Estatutaria inmediatamente después de haber sido aprobados en segundo debate. De lo contrario el Presidente de la C.C puede solicitar copia auténtica de la misma ante la Secretaría de la Cámara donde se aprobó en último debate.

---

[87] Las Leyes Estatutarias son una novedosa categoría dentro del sistema de las fuentes del derecho que están destinadas a regular los más trascendentales aspectos de la norma suprema. Han sido incorporada en la Constitución del 91 y junto a las ya existentes Leyes Orgánicas, vienen a configurar un tipo especial dentro de la jerarquía normativa: las leyes cualificadas.

3.1.1.2.3 Respecto de Tratados Internacionales.

El art. 241.10 dispone que la C.C decidirá definitivamente sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueben. Para ello manda que el gobierno se los remita en los 6 días siguientes a la sanción de la ley de ratificación. Si la C.C los declara constitucionales. el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no podrán ser ratificados. Esta medida. resulta excelente en la medida que posibles incongruencias entre los pactos internacionales y el ordenamiento jurídico colombiano se subsanan previamente y no se dejan para el futuro. lo que podría comprometer gravemente la responsabilidad internacional del país. El procedimiento que se sigue en estos casos es el mismo previsto para las leyes estatutarias. así lo dispone el art. 44 del citado Decreto 2067.

3.1.2. Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ejercida por el Consejo de Estado (C.E)[88] que de acuerdo al art. 237, le corresponde ser Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, competencia en virtud de la cual

---

[88] El Consejo de Estado es un órgano muy antiguo y complejo. Su creación data de principios de la República, e inicialmente fue creado con funciones consultivas al servicio del Gobierno. Suprimido en 1.905. se restableció en 1.914 cuando se le agregaron las funciones de órgano de control de la legalidad y en 1.964 se le adicionaron funciones como tribunal contencioso en materia contractual y de responsabilidad estatal. También conoce de los contenciosos electorales. Además la Constitución de 1.991 le encomendó otras funciones como conocer de los procesos de pérdida de investidura de los congresistas, conceptuar previamente ante el Gobierno sobre el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional o el estacionamiento o tránsito de buques o aeronaves de guerra extranjeras y también tiene iniciativa para presentar proyectos de reforma constitucional o proyectos de ley.

garantiza la legalidad de los actos de la administración pública. Pero además le corresponde conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la C.C. este tribunal cuenta con una eficaz herramienta a la hora de ejercer estas funciones y es la posibilidad de ordenar la suspensión provisional de los actos administrativos que hayan sido impugnados por la vía judicial. Para el ejercicio de sus labores se divide en dos salas: Sala de lo Contencioso Administrativo integrada por 26 consejeros que se reparten en 6 secciones y que ejerce las funciones jurisdiccionales y una Sala de Consulta y Servicio Civil, integrada por 4 consejeros quienes no toman parte en el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Esta jurisdicción se complementa con los Tribunales Departamentales de lo Contencioso Administrativo ante los cuales son demandables los actos de las autoridades departamentales y municipales tanto por inconstitucionalidad como por ilegalidad.

Finalmente hay que decir que al igual que la jurisdicción constitucional, la contencioso administrativa sólo puede ejercer sus funciones a petición de parte mediante la acción popular de nulidad, que como la de inconstitucionalidad, también es una acción pública, imprescriptible e indesistible. Y en cuanto a los efectos de la sentencia esta es general, obligatoria, pero a diferencia con los pronunciamientos del juez constitucional, los efectos desde siempre han sido *ex tunc*, mientras que las de la justicia constitucional tradicionalmente habían sido *ex nunc* y sólo desde hace un par de años algunas comienzan a tener efectos retroactivos tal como se anotó.

3.1.3. Jurisdicción Ordinaria.

Aunque en principio esta jurisdicción, más que guardar la supremacía de la Constitución, se encarga de resolver los

conflictos entre particulares, en cierta medida preserva el orden constitucional y lo hace a través de diversos mecanismos:

3.1.3.1. Mediante el Control Difuso o la Excepción de Inconstitucionalidad.

Se puede definir como la posibilidad que en todo proceso judicial se dejen de aplicar las normas que resulten contrarias a la Constitución, para aplicar de preferencia los mandatos de esta. La figura que es el aporte del sistema de control difuso al sistema colombiano,[89] fue creada por el art. 40 del Acto Reformatorio de la Constitución Nº 3 de 1.910, lo que quiere decir que coincide temporalmente con el establecimiento de la acción de inconstitucionalidad, figuras ambas que vinieron a articular y perfilar el *sui generis* sistema colombiano. Actualmente está consagrada en el art. 4 de la Constitución 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.*" El sistema, en principio, se asemeja al estadounidense, pero difiere del mismo en cuanto el juez no puede declarar la inexequibilidad de la ley, ni los efectos de la sentencia pueden extenderse o generalizarse, quedando limitados al caso *sub judice* y por eso se entiende que la ley inaplicada quede vigente y que los demás jueces puedan continuar aplicándola, o incluso que el mismo que la inaplicó, pueda

---

[89] Aunque frente al modelo clásico de estadounidense, hay que decir que presenta substanciales diferencias: i. En Colombia está expresamente consagrada, a diferencia de los Estados Unidos, donde fue creada jurisprudencialmente. ii. En Colombia la sentencia no crea precedente y en consecuencia sus efectos no pueden extenderse más allá del caso *sub judice*, mientras que en Estados Unidos, a partir de la doctrina del "*stare decisis*" el precedente judicial se convierte en obligatorio y uniforme.

modificar su decisión posteriormente. El juez solamente interpreta la ley para decidir sobre su aplicabilidad o no y acatando el mandato que hace prevalecer la norma constitucional sobre la ley, la aplica en vez de esta, pero sin desconocer su vigencia ni conceptuar sobre su validez. Esta facultad se entiende atribuida de manera transitoria, mientras la C.C no ejerza la atribución general, por eso, una vez ejercida por la Corte la atribución de dictaminar sobre la constitucionalidad de una ley, precluye para los jueces la posibilidad de negarse a aplicar esa norma so pretexto de ser inconstitucional.[90]

La ambigüedad de la disposición constitucional que establece la excepción, ha generado que sectores de la doctrina afirmen que ella está consagrada no solo para los procesos judiciales, sino también para los procesos administrativos y más aún, para todo asunto donde se deba resolver en derecho. Hay una doctrina intermedia que afirma que además de los jueces, están facultados para aplicar la excepción de inconstitucionalidad, los funcionarios que estén investidos de funciones que conlleven jurisdicción o autoridad.[91]

A raíz de esta incierta situación, el gobierno en dos oportunidades ha tratado de reglamentar la figura. En 1.986 en un fallido proyecto de reforma constitucional la iban a convertir en una facultad consultivo-suspensiva, que obligaba a los jueces a acudir a la justicia constitucional para que ella resolviera, mediante un procedimiento semejante a la figura de la cuestión de inconstitucionalidad española. Posteriormente, en octubre de 1.992 el gobierno llevó al congreso un proyecto de ley en el que se precisaba que la facultad sólo correspondía a los jueces. En la exposición de motivos sostenía que mantener esta facultad de

---

[90] cfr. Copete, op. cit. pág. 248

[91] cfr. Javier Henao Hidrón: Panorama del Derecho Constitucional Colombiano. pág. 112 y en igual sentido Copete Lizarralde, op. cit. pág. 246 y Sanín, op. cit. pág. 207.

forma tan amplia, además del caos jurídico que ello representa, es también suplantar la rama judicial, única a la que compete decidir la constitucionalidad de las normas. Para compensar a los funcionarios de la administración y en caso de hallarse ante una manifiesta inconstitucionalidad, se les facultaba para enviar a la jurisdicción constitucional o a la contencioso administrativa, demandas en este sentido para ser resueltas en 10 días. El proyecto no prosperó y hoy la figura sigue sin reglamentar, cuando ello resulta urgente, no solo por la necesidad de definir exactamente cuales son los funcionarios habilitados para aplicarla, sino también porque aun en el caso que se acepte que sólo pueden hacerlo los jueces y no los funcionarios administrativos, la figura sigue presentando el inconveniente de que se deja en manos inexpertas la posible inaplicación de normas de rango legal. La polémica doctrinal se ha extendido recientemente a los altos tribunales de justicia y así la C.C afirmó que es: "*.... consecuencia lógica y natural del principio de la eficacia de la Constitución como norma directamente aplicable que obliga a todos los órganos del poder público dentro de nuestro estado de derecho, y habilita a los jueces ordinarios, dentro del marco de lo dispuesto por el artículo 4º de la Carta Fundamental, de remoto origen y larga tradición nacional, para no aplicar la ley en los casos concretos en que se plantee la contradicción entre la legislación anterior y la nueva Constitución*",[92] es decir que con esa sentencia la C.C. redujo la potestad a los jueces ordinarios, pero de otro lado, el C.E sostuvo que: "*...si una autoridad se enfrenta a la posible necesidad de dar aplicación a las normas legales que habiendo sido expedidas bajo el régimen constitucional anterior, contrarían lo dispuesto por la actual Constitución Política, deberá abstenerse de hacerlo, acudiendo en sustento de ello, bien a la norma del artículo 9º de la Ley 153 de 1.887, o a la figura de la excepción de inconstitucionalidad que consagraba*

[92] cfr. S.C.C. C-434, del 25 de junio de 1.992 y la T-006 de mayo 12 de 1.992

la antigua Carta Política en su artículo 215 y que se mantiene en el nuevo ordenamiento de la misma naturaleza, en su artículo 4º. En este mismo orden de ideas, si el funcionario, no obstante lo atrás expresado, da aplicación a una norma legal reformada o derogada por el posterior ordenamiento constitucional, el particular agraviado con dicho acto podrá ejercer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la correspondiente acción contra el acto de aplicación irregular de aquella norma".[93] Es decir que el C.E considera que es cualquier funcionario aplicador el que está habilitado para tal ejercicio.

Una reforma de la institución garantizaría los principios de coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, igualdad ante la ley y seguridad jurídica, por lo que resulta importante transformarla en una institución similar a la existente en España: la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, con la cual, a la vez que se garantiza la coherencia del ordenamiento jurídico, se protege al individuo al asegurar la igualdad procesal y la defensa ante normas manifiestamente inconstitucionales. Aunque en Colombia la discusión resulta más teórica que práctica porque la inconstitucionalidad por vía de excepción a pesar de estar consagrada expresamente, a diferencia de Estados Unidos donde fue creada jurisprudencialmente, no ha alcanzado mucha importancia, ni obtenido desarrollos prácticos resaltables, bien por existir la vía activa ante la Corte o porque ha existido descuido, incuria y negligencia, pues son muchas las ocasiones en que el aspecto constitucional no se ha estudiado, ni siquiera vislumbrado y es culpa también de los ciudadanos en general que nunca o muy raramente se detienen a estudiar y conocer la carta.[94]

---

[93] cfr. Auto de la Sección Primera del C.E del 12 de marzo de 1.992.

[94] cfr. Sanín Greiffestein: op. cit. pág. 209

3.1.3.2 Acción de Tutela.

Garantía establecida en el art. 86 de la Constitución y destinada a la protección de los derechos fundamentales. En ella jueces ordinarios y Constitución se relacionan en la medida que al ser la acción de tutela un derecho exigible ante cualquier juez y los derechos fundamentales las disposiciones constitucionales de aplicación directa por excelencia, resulta lógico que la justicia ordinaria al velar por el respeto y cumplimiento de estos, al evitar sus transgresiones, cumpla una doble misión: prioritariamente proteger al individuo, pero también defender el orden constitucional al asegurar que sus mandatos en este campo no sean desconocidos o burlados por actos o hechos de la administración principalmente y de los particulares cuando ella así lo manda.

La institución ha generado un enorme caos y una gran congestión judicial en el país, habida cuenta de las numerosísismas acciones interpuestas por los ciudadanos y de sus características procesales: acción impetrable ante cualquier juez de la República, preferente y sumaria que debe ser resuelta en el término de 10 días. Ello obliga a pensar en un serio replanteamiento de la reglamentación de la misma, sin llegar a hacer nugatorio el derecho y sobre todo porque hay que reorientar el sistema jurídico hacia una sana interpretación; que un importante número de acciones se han adelantado con claro desvío del precepto constitucional que la establece y ordena que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. El desvío radica en que existiendo en el derecho multiplicidad de acciones legales y administrativas y diversidad de procedimientos para evitar los excesos y abusos de la administración, cualquier presunta violación de un derecho fundamental se ha reducido a la acción de tutela. Estas disgregaciones se pueden paliar fácilmente mediante la creación de jueces especializados en el trámite de

acciones de tutela, medida que se hace justificable tanto más si se tiene en cuanta que la aplicación de la acción implica amplios conocimientos de derecho constitucional fundamentalmente, de los cuales, por obvias razones, carecen los jueces ordinarios.

3.1.3.3 La Casación.

Recurso de carácter extraordinario que se tramita ante una cualquiera de las tres salas de casación de la C.S.J (civil, laboral y penal) y que se interpone contra las sentencias de jueces y tribunales ordinarios en casos muy determinados por la legislación del ramo y previo cumplimiento de una serie de requisitos procesales. Ella opera como un mecanismo de control de constitucionalidad en la medida que implica una revisión de los actos de esos jueces (sentencias) que deben ser congruentes no sólo con las normas legales y reglamentarias, sino ante todo con la Constitución.

3.1.3.4. Inaplicando Normas Derogadas.

Los jueces ordinarios en principio sólo están habilitados para adelantar juicios de constitucionalidad positiva, pues la negativa es una facultad que de manera exclusiva ejerce el juez constitucional, que tiene el monopolio del rechazo de las leyes. Pero la Constitución al entrar en vigor y derogar las normas anteriores que le sean contrarias, se convierte en una norma de aplicación directa y primaria, de donde nace para los jueces ordinarios la facultad de declarar inconstitucional una ley anterior, sin necesidad de esperar un pronunciamiento de la justicia constitucional. En el derecho comparado resulta oportuno acudir a la experiencia alemana, donde el Tribunal Constitucional Federal ha rechazado sistemáticamente pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de leyes

preconstitucionales por entender que más que un asunto de constitucionalidad, es un problema de derogación y esa competencia es de los jueces ordinarios y no suya.

3.2 Procedimiento Reforzado de Reforma.

Los procedimientos de reforma reforzada es uno de los argumentos más importantes a la hora de hablar de la normatividad de la Constitución, además esto le otorga un carácter peculiar, porque es la única norma que contiene previsiones acerca de los mecanismos a través de los cuales han de introducirse cambios o modificaciones en su texto.[95] Por eso la regla general es que las constituciones escritas contengan previsiones relativas a su modificación y prevean procedimientos específicos para el trámite de la reforma, que suelen incluir procedimientos más dificultosos que los exigidos para la creación o reforma de otras normas, lo que no quiere decir que con un procedimiento flexible desaparezca la superioridad de la Constitución respecto de las restantes normas, simplemente la superioridad reduce su alcance práctico. Para que un mecanismo de reforma flexible pueda garantizar la superioridad, se debe exigir que esa reforma se haga de forma expresa, imponiendo que la ley declare explícitamente su oposición a la Constitución, lo cual no implica que el legislador ordinario pueda disponer libremente de ella con la sola carga de esa declaratoria expresa, pues esto depende siempre del respaldo que tenga la norma que se pretende reformar.[96]

Los procedimientos de reforma responden a un doble objetivo: hacer posible el cambio y a la vez conseguir la continuidad de la legitimidad jurídica del ordenamiento.

---

[95] cfr. Pérez Royo, Javier: La Reforma de la Constitución, RDP Nº 22, pág. 8

[96] De Otto: op. cit. págs. 59 a 63

Adicionalmente persiguen evitar que la única alternativa a los mandatos constitucionales sea su desvirtuación o inobservancia (lo que reduciría la Constitución a un documento sin valor) o la ruptura revolucionaria que lleve a la elaboración de nuevos preceptos constitucionales sin continuidad ni legitimidad respecto del ordenamiento anterior. En cuanto a ciertas exigencias de mayorías cualificadas o de pronunciamiento del electorado, esto no son más que garantías en favor de las minorías para que una mayoría parlamentaria coyuntural no pueda modificar, aprovechando su momentánea ventaja, las reglas de procedimiento y las bases sobre las que se asienta la comunidad política. Esto es especialmente relevante en aquellas constituciones que han sido fruto de un consenso donde la Constitución se muestra como un acuerdo básico por encima de las mayorías coyunturales.[97]

Si la Constitución no dispone de un procedimiento de reforma distinto del procedimiento legislativo ordinario, ella estará a disposición del legislador y en consecuencia no existirá posibilidad de controlar la ley, pues la Constitución será una ley más, que no supone límite alguno para el legislador y la ley que la contradiga no sería inconstitucional, sino simplemente derogatoria. En este sentido para que la Constitución sea punto de referencia para el control de constitucionalidad de la ley, tiene que estar diferenciada de esta por un procedimiento de reforma que sea único para ella y distinto del procedimiento legislativo ordinario, el legislador de reforma de la Constitución y el legislador ordinario tienen que ser distintos, haciéndose así patente la clara necesidad que tiene la figura de la reforma de la existencia de una justicia constitucional, así como la justicia constitucional requiere de los procedimientos reforzados de reforma para delimitar claramente su objeto de acción.[98]

---

[97] López Guerra, Introducción al Derecho Constitucional, págs. 55 y 56

[98] cfr. Pérez Royo, Javier: Curso, págs. 118 y 119 y en el

En Colombia en materia de reforma, se han establecido unos procedimientos especiales, agravados y a ello se destina el título XIII de la Constitución (arts. 374 a 379). En esta materia en principio se siguen los mismos procedimientos que para la aprobación de una ley ordinaria, pero con dos diferencias substanciales, se exige mayoría absoluta frente a la simple requerida para la ley ordinaria y el procedimiento es doble, es decir se deben agotar dos legislaturas o lo que es lo mismo mientras que una ley ordinaria sólo requiere una aprobación en cada cámara (Cámara de Representantes y Senado), la ley de reforma requiere dos aprobaciones en cada cámara en dos periodos ordinarios de sesiones que deben ser sucesivos. Adicionalmente existe un procedimiento más agravado consistente en someter a referendo las reformas aprobadas por el Congreso cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II (De los Derechos Fundamentales) y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular (que de acuerdo al art. 103 son: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato) o al Congreso, pero es facultativo, es decir sólo se convoca si así lo decide el pueblo. Finalmente aunque básicamente el principal impulsor de los procedimientos de reforma es el Congreso, también se puede adelantar la reforma por medio de una Asamblea Constituyente (art. 376) o mediante referendo (art. 378).

A los actos reformatorios emanados del Congreso se les ha denominado históricamente Actos Legislativos y se les denomina así desde la reforma constitucional de 1.905 que quiso de esta forma diferenciar estos de los llamados proyectos de ley, a la vez que se buscaba distinguir la doble competencia del

---

mismo sentido Fernando Garrido Falla: Las Fuentes del Derecho en la Constitución Española, pág. 35

Congreso: como legislador expidiendo leyes y como constituyente derivado expidiendo actos legislativos.[99]

Este procedimiento encuentra algunos paralelismos en el derecho comparado; concretamente respecto del sistema español, hay semejanza en cuanto la Constitución de 1.978 exige para ciertas materias unos procedimientos reforzados que sirven para situar las normas en dos niveles: unas son fundamentales y son las previstas por el art. 168.1: título preliminar, sección 1 de capítulo II del título I (De los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas) y las del Título II (De la Corona), para las que se prevé un procedimiento de reforma que implica a las dos cámaras, al cuerpo electoral y a las dos nuevas cámaras, frente a las normas constitucionales ordinarias, que suponen únicamente la obtención de unas mayorías cualificadas y la eventualidad de un referéndum si así lo solicita una décima parte de los miembros de cualquiera de las cámaras (art. 167).[100] De otro

---

[99] Una interesante clasificación de las reformas en Colombia la ha hecho el profesor Sáchica así: 1) Tácticas: Tendientes al reforzamiento del sistema por rectificación de instituciones impopulares o anacrónicas como las de 1.910 y 1.957. La primera de apertura a la oposición liberal y moderación del autoritarismo y la segunda de alianza bipartidista frente a la subversión campesina. 2) Técnicas: De sentido modernizante como las de 1.945, 1.968 y 1.979 (frustrada), en busca de un Estado más eficaz, un poder racionalizado, planificación, órganos y procedimientos más ágiles. 3) De renovación ideológica: como la de 1.936, influenciada por la revolución mexicana de 1.917 y las Constitución española de 1.931 y de Weimar de 1.919. Reforma que insufló en la carta original un aliento de justicia social y la presencia del Estado en las relaciones económicas. 4) Otras son puramente ocasionales, casuistas, particulares, que no dejan huella. (cfr. su obra Defensa de la Constitución, pág. 345)

[100] En general respecto del procedimiento reforzado de reforma cfr. Alberto Predieri: El Sistema de las Fuentes del Derecho en la Constitución Española de 1.978, págs. 208 y 209. Balaguer Callejón

lado hay que poner de presente la semejanza con el procedimiento general que se sigue en Italia donde el mecanismo de elaboración de las leyes constitucionales es básicamente igual al previsto para las leyes ordinarias, pero diferenciadas por el desdoblamiento del iter procedimental, de tal forma que en vez de tener lugar dos aprobaciones del proyecto (una en la Cámara y otra en Senado), se requieren 4, dos en cada Cámara del Parlamento y entre los dos acuerdos de cada asamblea debe mediar un intervalo mínimo de tres meses. Hay procedimientos reforzados respecto de las leyes constitucionales que versen sobre ciertos objetos, como los dispuestos en el 132.1 (creación de nuevas regiones) y el 54 (modificación del Estatuto de Cerdeña), aunque estas peculiaridades no permiten hablar de la existencia de un procedimiento diferente respecto de las demás leyes constitucionales.[101]

No sobra advertir por último que la reforma de 1.991 se hizo mediante un procedimiento irregular, con desconocimiento de las formalidades prescritas en el art. 218 de la Constitución de 1.886, proceso que se vio justificado por dos motivos: el Congreso no estaba interesado en tramitar una reforma que tenía como objetivo fundamental modificaciones de esa institución, del régimen electoral y los partidos políticos, por eso las entorpecía en defensa de sus privilegios e intereses ancestrales. Por otra parte la jurisdicción constitucional era un escollo para la reforma, pues había declarado inconstitucionales las de 1.976

---

opina que el procedimiento agravado de reforma es criticable porque está destinado a evitar la reforma, habida cuenta de las dificultades y trabas que se imponen para su aplicación, es arbitrario en relación con los contenidos que se protegen a través del mismo. No se amparan todos los bienes y valores políticos supremos del ordenamiento constitucional, pero se incluyen aspectos que por su escasa relevancia posiblemente no deberían estar recogidos en la Constitución. (cfr. Fuentes T. II, págs. 43 y 44)

[101] Pizzorusso: op. cit. págs. 219 a 222

y 1.979[102] porque habían desconocido las formalidades prescritas en el art. 218 sobre la reforma de la Constitución, sin embargo en 1.990, la C.S.J si validó la convocatoria inconstitucional de una Asamblea Constituyente que había sido forzada por las fuerzas sociales. En honor a la verdad hay que decir que la Corte no tenía otra alternativa frente a una presión social y gubernamental de esa magnitud[103] y además como dice Ignacio de Otto, hay que entender que la autolimitación que se impone el pueblo para reformar la Constitución es perfectamente comprensible en situaciones de normalidad constitucional, donde hasta la voluntad popular debe someterse a los cauces reformatorios establecidos por la Constitución, pero en los casos de crisis profundas, cuando se produce una reforma democrática pero anticonstitucional, nadie puede negar la validez de la nueva Constitución. Lo contrario sucede cuando bajo circunstancias sociales normales se niega validez a una manifestación popular inconstitucional, porque en su conjunto la Constitución es reconocida como válida por los ciudadanos y es un orden jurídico eficaz, mientras que en el primer caso hay un profundo y generalizado desajuste entre la constitución y su sustrato político.[104]

---

[102] cfr. Sáchica: Nuevo ..... , pág. 29

[103] La noche en que la Corte Suprema de Justicia decidía la Constitucionalidad del Decreto de Estado de Sitio mediante el que el gobierno había ordenado contabilizar las papeletas en que se pedía la convocatoria de una Asamblea Constituyente y que espontáneamente habían sido depositados por los ciudadanos aprovechando una convocatoria electoral, los estudiantes de Bogotá, principales impulsores de todo este proceso que ha pasado a la historia como la Revolución Pacífica, acamparon frente a la sede del Alto Tribunal para demostrar que no estaban dispuestos a aceptar una declaratoria de inconstitucionalidad.

[104] cfr. De Otto: op. cit. págs. 55 y 56. Esta reflexión describe perfectamente la situación que vivía Colombia en esos años y que la había llevado a una violencia tal que en un sólo año le costó la vida a 3 candidatos presidenciales y que desde hacía pocos años se venía

3.3 Un Control Político:

Que se materializa en la objeción presidencial de inconstitucionalidad, similar al derecho de veto que varias constituciones dan al poder ejecutivo, facultad que evidentemente hace de este un poder colegislador. La figura resulta especialmente importante en los países de régimen presidencialista, donde ni el Presidente ni sus Ministros concurren al debate de las leyes, no puede suspender las sesiones del Congreso, ni disolver las Cámaras, el Ejecutivo carece de todo modo de resistencia diferente del que le da el derecho de veto sobre los actos a su juicio inconvenientes, de una mayoría transitoria que obre apasionadamente o que no represente de un modo genuino la voluntad del país.[105] Esta figura se asemeja bastante al derecho de veto estadounidense, derivado de las creaciones teóricas de Montesquieau, pero hoy aunque resulta una figura exótica para el derecho continental europeo, es una institución bastante común en los ordenamientos jurídicos americanos, pues a excepción de Cuba, existe en todos los demás, como una clara consecuencia del presidencialismo imperante en la región. Sin embargo y a pesar de la repulsa que la figura parece generar en Europa, sobre todo porque no se concilia bien con los sistemas parlamentarios habituales en la región, en el derecho continental europeo si hay un ejemplo y es el consagrado en el art. 74 de la Constitución italiana que establece un procedimiento parecido que Alessandro Pizzorusso considera como un residuo dualista cuya trascendencia es cada vez menor.[106]

---

cobrando la vida de decenas de jueces, centenares de policías y miles de ciudadanos.

[105] cfr. Concha, José Vicente : Apuntamientos de Derecho Constitucional, págs 207 a 209

[106] Pizzorusso: op. cit. pág. 245

La primera ocasión en que esta figura se consagró en Colombia, fue en la Constitución de 1.853 que en el art. 38 preceptuaba que recibido por el Presidente un proyecto de ley aprobado por el Congreso, podía devolverlo a la reconsideración de este "*si lo creyere inconstitucional, perjudicial o defectuoso*", aunque de todas formas prevalecía la reconfirmación por el legislativo. Esta misma disposición fue reproducida en la Constitución de 1.858 y posteriormente la de 1.886 la consagró en su art. 86, operando entonces como el único mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes, de todas formas se avanzó en el sentido de disminuir la autoridad del Congreso, pues ya no bastaba la reconfirmación de este sobre el proyecto de ley, sino que en caso de discrepancia entre el ejecutivo y el legislativo, resolvía la Corte Suprema de Justicia. La actual Constitución ha recogido esta figura en los arts. 166 y 167,[107] que disponen que el Presidente debe realizar las objeciones en el momento en que el proyecto de ley le sea presentado para la sanción. Si no lo objeta en los términos prescritos, tendrá la obligación de sancionarlo. Si objetado un proyecto, el Congreso insiste en su constitucionalidad, pasará automáticamente a la Corte Constitucional para que ella decida en los seis días siguientes, teniendo en cuanta si las objeciones son totales o parciales y además si son por motivos de fondo o de forma. Si la Corte lo declara inconstitucional, deberá ser archivado definitivamente, mientras que si lo declara constitucional, genera la obligación para el Presidente de sancionarlo.[108]

---

[107] Las objeciones pueden ser por inconveniencia o inconstitucionalidad y tienen trámites diferentes, pues sólo las de inconstitucionalidad pueden ser conocidas por la Corte Constitucional. Como las objeciones por inconveniencia son de carácter esencialmente político, las dejaremos de lado y por consiguiente sólo abordamos las que revisten carácter jurídico.

[108] cfr. Maiguel y Gómez: op. cit. págs. 164 a 168

Se plantea un problema interesante y es saber si un proyecto que fue objetado y posteriormente declarado constitucional por la Corte, es susceptible de ser revisado en constitucionalidad siendo ya una ley. Aparentemente la Corte no está impedida para cambiar de criterio, ni lo está mucho menos para encontrar en dicha ley vicios que antes no vio, aunque los magistrados que originalmente decidieron, se verían impedidos para actuar.[109] Sin embargo una antigua sentencia de la C.S.J sostiene que la revisión generada por las objeciones precluye la acción popular y en consecuencia si una ley fue examinada cuando únicamente era proyecto, no podrá ser acusada en el futuro por la vía de la acción popular.[110] Lo que la jurisprudencia si ha dejado claro en varias sentencias es que el presidente no puede desistir de las objeciones y si sanciona el proyecto, lo sanciona extemporáneamente, lo cual no da carácter de ley, sino que lo deja en su estado anterior de mero proyecto.[111] Se impide así que el Presidente sustraiga de la competencia de la jurisdicción constitucional el proyecto ya objetado, a la vez que se ratifica que esta jurisdicción es irremplazable e ineludible porque la Constitución la estatuye como única y exclusiva manera de resolver el conflicto creado por las objeciones presidenciales. De otra parte y respecto de una posible demanda por parte del gobierno sobre una ley que en su etapa de proyecto había sido objetada, revisada y declarada constitucional por la Corte, no parece lógico que al ser la sanción presidencial no sólo una orden de ejecución de la ley, sino el testimonio de que el gobierno la reconoce como constitucional, pueda este en el futuro hallarla en conflicto con la misma Constitución.[112]

---

109 Ibídem: págs. 169 a 172

110 cfr.: S.C.S.J del 9 de mayo de 1.916

111 cfr. S.C. S. J del 18 de marzo de 1.927 y S.C.S.J del 9 de abril de 1.927

112 cfr. Sanín Greiffestein: op. cit. págs. 125 y 206

Tratándose la objeción presidencial, se debe hablar de tal y no de veto, porque este enervaría totalmente los efectos de la ley, no así las objeciones, que son simples opiniones que aunque producen efectos especiales, no pueden aniquilar la voluntad legislativa del Parlamento. En tanto que la Corte al decidir sobre las objeciones si ejerce un verdadero derecho de veto, porque si se pronuncia por la inexequibilidad del proyecto, inhibe totalmente sus efectos y la vigencia de la norma,[113] por lo que se puede afirmar que en este caso la Corte se coloca en igualdad ante las otras dos ramas, como árbitro de un diferendo entre los poderes y cuya intervención es necesaria para formar la ley. En esta hipótesis, cuando los tribunales revisan normas aún no sancionadas ni promulgadas, no ejerce propiamente controles, sino verdaderas participaciones en la formación de las leyes, participan de la condición de legisladores, no de jueces de la constitucionalidad: argumento que se ratifica si se observa que el procedimiento aparece en el título destinado a la formación de las leyes.[114]

3.4 Implementando una Amplia Estructura Institucional a su Servicio.

3.4.1 La Procuraduría General de la Nación.

Dirigida por el Procurador General, cabeza del ministerio público y que en su calidad de funcionario de control por excelencia, tiene la posibilidad de participar en el funcionamiento del Congreso con el exclusivo objeto de

---

[113] cfr. Copete Lizarralde, Alvaro: Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano, págs. 197 y 220

[114] cfr. Sanín Greiffestein: op. cit. pág. 125. Pablo J. Cáceres Corrales: Crítica Constitucional. Del Estado Liberal a la Crisis del Estado Providencia, pág.. 342, criterio que es compartido en la doctrina extranjera por Mauro Cappelleti

garantizar la concordancia de los proyectos de ley con las normas constitucionales. Además interviene ante la Corte Constitucional en los procesos que pretenden determinar la constitucionalidad de las leyes demandadas por inconstitucionalidad, intervención que se justifica en tanto el objeto del proceso se refiere al restablecimiento y conservación de la norma básica. Su intervención es obligatoria porque es el funcionario entre cuyas funciones se encuentra la de velar por el orden jurídico en defensa de los intereses sociales que representa mediante la defensa del orden constitucional. El órgano fue creado como un mecanismo de control de la actividad del Estado y como defensor del ciudadano y para ello se le asignó la tarea de prevenir el abuso y desviación en el ejercicio del poder, vigilar que los actos de los servidores públicos se ajusten al ordenamiento jurídico, pero su primer deber es el de vigilar el cumplimiento de la Constitución y las demás normas del ordenamiento jurídico.[115] La capital importancia de este funcionario radica en que tiene capacidad sancionadora, instruye los procesos disciplinarios y llegado el caso, destituye los funcionarios públicos que no cumplan sus funciones o violenten el ordenamiento en cualquiera de sus escalas.

3.4.2 Defensoría del Pueblo.

Este órgano que opera a partir de la Constitución de 1.991, se puede considerar un privilegiado que puede interponer una serie de acciones (tutela, populares, invocar el habeas corpus[116]), movilizar la opinión a través de informes y presentar

---

[115] cfr. Toro Lopera, Alberto, Principios Fundamentales de la Constitución Política Colombia 1.991, pág. 154 y en similar sentido Maiguel y Gómez: op. cit. págs. 52, 54 y 87

[116] En una reciente sentencia (marzo de 1.995), la Corte Constitucional consideró improcedente la presentación de acciones de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo y circunscribió

proyectos de ley.[117] Intentos de crear la defensoría del pueblo se daban desde 1.976, cuando se propuso un proyecto de ley por medio del cual se creaba la "Veeduría de la Administración", dependencia adscrita a la Presidencia de la República y ese mismo año, en el A.L Nº 9, se propuso la creación de un Defensor de los Derechos Humanos, pero ninguna de las dos propuestas de reforma prosperó.[118]

La institución resulta extraña en nuestro ordenamiento constitucional, puesto que es más propia de los sistemas nórdicos y anglosajones y sobre todo porque no está muy claro como se va a articular con el Procurador General, con el Consejero Presidencial para los Derechos Humanos y los personeros municipales, quienes ya ejercían esas funciones. Para Diego Uribe Vargas, impulsor de la figura en Colombia, la diferencia entre el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo radica en que las decisiones del procurador son vinculantes para la administración y este tiene capacidad de aplicar sanciones, mientras que el papel fundamental de un Ombudsman radica en su capacidad de movilizar a la opinión pública.[119] En última instancia esta institución se articula como un órgano de garantía y al respecto hay que decir que los excesos en la consagración de estas no necesariamente redundan en una mejor protección de los derechos e instituciones de los que supuestamente deben ser garantes.

---

este derecho a los ciudadanos exclusivamente. El pronunciamiento se produjo a raíz de la presentación de una demanda de esta naturaleza por el actual Defensor del Pueblo, que pretendía salvaguardar así el orden constitucional.

[117] cfr. Cepeda Espinosa, Manuel José: Introducción a la Constitución de 1.991, págs. 99 a 102

[118] cfr. Uribe Vargas: op. cit. págs. 73 y 74

[119] Ibidem: pág. 77

En este punto tal vez sea aplicable lo dicho por Eduardo Santa en el sentido de que en Colombia ha faltado autenticidad en la elaboración de las normas jurídicas y nos hemos conformado con copiar servilmente la legislación de otros países en todos los campos.[120] Finalmente y parodiando una frase ya citada, se puede decir que en Colombia se padece "*manía epiléptica*" de copiar y transplantar al ordenamiento cuanta figura, institución u órgano se encuentre en el derecho comparado. Crítica también aplicable a la creación de la Corte Constitucional, siendo estos sólo dos ejemplos de esa malsana costumbre que por la fuerza de los hechos lleva cada día a los colombianos a parecernos más a nadie y menos a nosotros mismos. Respecto de esta mecánica de la simple agregación, ya se había manifestado acertadamente un destacado tratadista de la temática de los derechos humanos, cuando afirmaba que la utilización de la técnica del rompecabezas arroja serías dudas sobre la coherencia y aplicabilidad del texto constitucional en tanto instrumento de gobierno y pacto de convivencia para los colombianos.[121]

3.4.3 La Fiscalía General de la Nación.

Este organismo, también de reciente creación es una institución esencialmente penal, en tanto las funciones de representante de la sociedad como ya se anotó las desempeña el Procurador General. Opera como garante de la supremacía constitucional, pero sólo en cierta medida, en tanto las infracciones de determinados derechos amparados constitucionalmente son castigadas penalmente y en consecuencia deben ser perseguidos y acusados por esta

---

[120] cfr. Santa Eduardo: Instituciones Políticas de Colombia, pág. 173

[121] cfr. Valencia Villa, Hernando: Los Derechos Humanos en la Constitución Colombiana de 1.991, Debate Abierto Nº 8, pág. 10

institución.[122] De todas formas la relevancia de la figura pierde perfil en la medida que todas sus actuaciones se desprenden de los códigos penal y de procedimiento penal que son los que establecen las sanciones y las penas para los transgresores del ordenamiento jurídico con base en las cuales se deben iniciar las respectivas investigaciones.

3.5 Estableciendo una Serie de Derechos de Eficacia Directa y unos Mecanismos de Protección que los Garanticen.

La historia ha mostrado que la normatividad de la Constitución se debilita cuando las reglas que esta incorpora al ordenamiento, se reducen a la mera regulación de la actividad de los poderes públicos y por el contrario, la misma se despliega y se afianza en tanto discipline el orden social por medio de la incorporación y garantía de los derechos fundamentales.[123] En este sentido se puede afirmar que este hecho viene a configurar, junto con las garantías de la Constitución frente al resto del ordenamiento (control y reforma), la superación definitiva de la teoría constitucional clásica que identificaba la Constitución esencialmente con la regulación del ejercicio del poder por parte del Estado, que permitía que la Constitución se contrapusiera al absolutismo y al despotismo.

Esta idea de Constitución como un mero límite al poder, obedece a que la primera Constitución promulgada en Europa, la francesa de 1.791, fue expedida para frenar una institución ya existente y así la idea de límite sirvió de base a una función capital de la Constitución: ser norma de selección al trazar la frontera entre lo políticamente posible y jurídicamente lícito y al señalar los límites entre lo constitucional y lo inconstitucional y servir así para determinar cuando era derecho, en los momentos

---

122 cfr. Cepeda Espinosa: Introducción, págs. 99 a 102.

123 cfr. Balaguer Callejón: Fuentes T. II, pág. 15

que el Estado pretendía utilizar el poder público para imponerse. Pero modernamente la Constitución no es sólo la norma jurídica fundamental o el señalamiento de los límites al poder público de lo permitido, sino que ella impone el deber positivo de crear un orden. Ella es en otras palabras, un programa y la legislación ya no es el instrumento de una acción política libre dentro de los límites negativos que la Constitución impone, sino que es el desarrollo de la Constitución, de su programa y por eso la Constitución hoy no es la concepción de lo que el estado debe ser, sino de la que debe hacer.[124] Esta transformación del papel de la Constitución es acertadamente resumido por Balaguer Callejón, que sostiene que durante los últimos 200 años la Constitución ha pasado de ser el instrumento de superación de una organización social agonizante y por tanto de imposición de la sociedad burguesa, a ser el marco consensuado de convivencia entre diversos grupos sociales, a expresar el consenso fundamental de la sociedad.[125]

La inclusión de los derechos del hombre en los textos constitucionales tiene una consecuencia inmediata: la transformación de unos principios filosóficos en mandatos jurídicos vinculantes que no dependen de la convicción de cada uno. Así los derechos del hombre se convierten en derechos fundamentales y se pasa de esta manera de la concepción iusnaturalista a un concepto positivo.[126] Actualmente en el mundo jurídico occidental, se comprende en tal relación, en primer lugar los derechos que según la tradición clásica son considerados como inherentes a la naturaleza humana, se trata esencialmente de los derechos que afirman la autonomía de la persona: seguridad individual, libertad de movimiento, intimidad, libertad de opinión y creencias, propiedad y otros que aparecen como complemento: libre asociación y reunión, culto religioso y

---

124 cfr. De Otto: op. cit. págs. 38, 39 y 44

125 cfr. Balaguer Callejón: Fuentes..... T. II, pág.. 16

126 cfr. López Guerra: op. cit. pág. 103

enseñanza. Pero la mejor categorización fue la elaborada por Jellinek en su clásica división de los derechos subjetivos públicos: status libertatis, status civitatis y status activae civitatis, clasificación que sin embargo se ha quedado corta porque las grandes crisis sociales, económicas y políticas del siglo XX han hecho necesaria la intervención del Estado para regular relaciones consideradas hasta ese momento tradicionalmente privadas, como las laborales o llevando a cabo prestaciones en favor de individuos o grupos que los mecanismos sociales arrojan a la impotencia. Se trata del paso del Estado liberal clásico al Estado del bienestar, social o intervencionista y el fenómeno se traduce constitucionalmente en la incorporación a la Constitución de mandatos de intervención, de preceptos finalistas que pretenden señalar al Estado objetivos de política económica y social.[127]

En el apartado de los derechos es donde radica la más trascendental transformación impuesta por la Constitución de 1.991, pues en ello difiere radicalmente de la de 1.886 que contrario sensu se limitaba a establecer algunas libertades y garantías sociales, concebidas como prerrogativas otorgadas por el Estado a los individuos, pero sin respaldarlos en mecanismos especiales y directos para hacer efectiva su protección, además se concedían amplios poderes a las autoridades para restringir estos derechos en función del orden público. Mientras que la Constitución de 1.991 en perfecta armonía con el constitucionalismo moderno, entiende que al lado de las declaraciones de derechos, las constituciones necesitan introducir medios capaces de asegurar la vigencia de los derechos y libertades que reconocen a sus nacionales, a fin de no convertir tales derechos en meros enunciados programáticos que pueden ser libremente vulnerados por autoridades y ciudadanos.[128] Entre

---

[127] cfr. De Otto: op. cit. págs. 41 y 42

[128] cfr. Figueruelo Burrieza, Angela: Garantías para la Protección de Derechos en la Constitución Colombiana de *1.991*.

un estatuto anacrónico, incompleto y avaro, como era el título III de la Constitución de 1.886 y un estatuto moderno, semántico y amplio como es el título II de la Constitución de 1.991, media un abismo que los colombianos tardamos sesenta años en salvar.[129]

Pero el carácter de radical novedad no viene dado tanto por el mero enunciado de una larga lista de derechos y garantías en favor del ciudadano, como por el establecimiento de una serie de garantías que permiten asegurar su vigencia permanente y su eficacia directa, pues al ciudadano se le ha dotado de una serie de acciones judiciales como la acción de tutela, dirigida a los derechos fundamentales, la acción de cumplimiento orientada a la protección de los derechos de desarrollo progresivo, que deben ser desarrollados, dotados de contenido y delimitados por la ley y finalmente las acciones populares encaminadas a asegurar la eficacia de los derechos colectivos o de la tercera generación. Además el art. 89 permite que el legislador desarrolle las demás acciones necesarias para que el ciudadano haga valer sus derechos fundamentales.[130] De estas acciones necesariamente hay que resaltar la acción de tutela como el instrumento más importante en la defensa y garantía de los derechos fundamentales, como un recurso de naturaleza excepcional para proteger los derechos y libertades fundamentales cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. La institución permite que toda persona que sienta sus derechos vulnerados o amenazados, pueda reclamar de cualquier juez en todo momento y lugar, de manera ágil y oportuna, su protección inmediata. Es además un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, porque sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados

---

Especial Referencia a la Acción de Tutela, págs. 183 y 186 y en el mismo sentido Manuel José Cepeda Espinosa: Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1.991, pág. 2

129 cfr. Valencia Villa: op. cit. pág.. 18

130 cfr. Cepeda Espinosa: Introducción....., págs. 99 a 102

de defensa para dar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales.[131] La justificación de esta acción radica en que en la Asamblea Nacional Constituyente hubo coincidencia acerca de la necesidad de dotar la nueva carta de instrumentos expeditos para exigir la garantía de las normas consagradas, pues se pensaba que el simple establecimiento de un catálogo de derechos no era suficiente si a este no se le agregaba un conjunto de medidas operativas que los garantizaran más allá del simple enunciado teórico. Se creyó que era en este punto donde radicaba la diferencia fundamental con los otros estatutos constitucionales que habían regido al país.[132]

Pero desafortunadamente la regulación de esta importante materia adolece de un grave problema que viene dado por su indeterminación, asunto que por la gravedad de la materia, ha venido ha convertirse en uno de los más importantes vacíos de la Constitución de 1.991 ya que ésta no manifiesta cuáles son exactamente los derechos fundamentales y en consecuencia son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela. El gobierno mediante el decreto extraordinario 2591 de 1.991 en su art. 2 dejó en manos de la Corte Constitucional la determinación de que derechos no señalados por la Constitución son objeto de acción de tutela,[133] luego por extensión es ella la que define cuales son los derechos constitucionales objeto de esta especial protección. Sin embargo el Consejo de Estado en un documento titulado "Observaciones

---

131 cfr. Manrique Reyes, Alfredo: La Constitución de la Nueva Colombia, págs. 49 y 176

132 cfr. Uribe Vargas, Diego: La Constitución de 1.991 y el Ideario Liberal, págs. 117 a 119

133 Aunque de acuerdo al art. 152.a de la Constitución la regulación de esta materia le corresponde al Congreso mediante ley estatutaria y es en consecuencia materia indelegable, la misma Constitución en la disposición transitoria 5.b, facultó al Presidente para reglamentar la acción de tutela.

del Consejo de Estado sobre la Acción de tutela", consideró que los derechos fundamentales son los definidos por el capítulo 1 del Título II (De los Derechos Fundamentales). Opinión que Cepeda Espinosa considera insuficiente por dejar por fuera derechos tan importantes como los consagrados en los arts. 44 (derechos de los niños) y 94 (derechos inherentes a la persona humana),[134] afirmación que resulta errática, porque esos derechos son perfectamente amparables mediante otros más generales ya recogidos en el antedicho capítulo 1 (ejem: arts. 11 y 13). Finalmente la Corte se ha apartado del concepto emitido por el Consejo de Estado al afirmar que la Constitución colombiana a diferencia de la española y la alemana, no ha realizado una enumeración taxativa de derechos y ha sentado doctrina en el sentido que la enumeración hecha en el capítulo 1 no constituye un criterio determinante sino auxiliar, meramente indicativo y aduce que los criterios puramente formales no son definitivos para identificar los derechos fundamentales.[135] En esto creo que la Corte Constitucional se ha excedido, no sé si con buena o mala fortuna, pero ha ignorado precisas prescripciones constitucionales al no tener en cuanta que además de la mera enunciación que encabeza el capítulo 1 del Título II, operan en favor de la posición del Consejo de Estado los arts. 85: "Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40", donde quedan por fuera disposiciones de tan dudosa eficacia y utilidad práctica como el derecho a la paz o de difícil protección por la vía de la tutela como los derechos de los trabajadores, aunque también se dejan de lado trascendentales garantías de tipo penal, y el art. 377: "*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, ... si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación*

---

134 cfr. Los Derechos Fundamentales....., págs. 2 y 3

135 cfr. S.C.C T-002 de mayo 8 de 1.992

del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral."[136]

3.6 Imponiendo su Cumplimiento a los Individuos.

Así lo manda la Constitución en múltiples disposiciones, donde se incluye tanto a los nacionales como a los extranjeros, a particulares como a funcionarios públicos. Aunque la vinculación de los funcionarios públicos resulta más evidente, habida cuenta que la ordenación de los poderes del Estado por la Constitución tiene como consecuencia que estos quedan sujetos de forma directa y vinculante a las disposiciones constitucionales, lo que significa que los mandatos de los poderes del Estado no podrán contradecir los preceptos de la Constitución que los crea y regula. Los poderes del Estado y su actividad (legislativa, ejecutiva y jurisdiccional) derivan su legitimidad de la Constitución que es la norma que los habilita para actuar. Si un poder actúa fuera de los límites que le fija la Constitución, su actuación no puede ser considerada legítima, pues carecerá de base o justificación en derecho.[137] Esta vinculación se pone de manifiesto en el art. 4.2 en los siguientes términos: "*Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*". Precepto que resulta desafortunado, pues debió decir la Constitución y el resto de las normas del ordenamiento, o la remisión a la ley en este caso debe entenderse referida al concepto de norma escrita y no en el sentido clásico de ley como norma parlamentaria.[138] Este

---

136 cfr. S.C.C del 8 de mayo de 1.992

137 cfr. López Guerra: op. cit. pág. 53

138 En el lenguaje jurídico el concepto ley se utiliza al menos con tres significados: a) como equivalente a derecho objetivo estos es cualquier norma jurídica. b) como sinónimo de toda norma jurídica escrita. c) como un concreto tipo de norma escrita, especialmente

mandato se complementa con lo dispuesto en las siguientes disposiciones: art. 6: "*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*", art. 91: "*En caso de manifiesta infracción de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio activo quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.*", art. 95 inciso segundo: "*Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes*", art. 121: "*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.*", art. 122 inciso segundo: "*Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*", art. 123 inciso segundo: "*Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.*", art. 188: "*El Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos.*", art. 192: "*El Presidente de la República tomará posesión de su destino ante el Congreso, y prestará juramento*

---

importante y solemne elaborada y aprobada por el órgano del poder legislativo. (Santamaría Pastor, Fundamentos, pág. 513). Ignacio de Otto sostiene que el uso de la palabra ley no se refiere sólo a la ley parlamentaria, sino a todas las normas dictadas por los órganos del Estado dotados de potestad normativa. Este es el uso que aparece en el Código Civil al decir que la fuentes del derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, disposición donde la referencia a la ley debe entenderse como alusión a toda norma escrita. (cfr. Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes, pág. 104)

en estos términos: {Juro a Dios y prometo al pueblo cumplir fielmente la Constitución y las leyes de Colombia}.", art. 198: "*El Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable de sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes.*", art. 230: "*Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*" norma que resulta desafortunada pues tiene una redacción más propia del constitucionalismo nominal y del jacobinismo decimonónico, art. 277.1: corresponde al Procurador General "*Vigilar el cumplimiento de la Constitución, de las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.*", art. 278.1: corresponde al Procurador General "*Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; .....*" y el art. 305.1: son atribuciones del gobernador "*Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del gobierno y las ordenanzas de las asambleas departamentales.*". Estos principios son la expresión de un mandato, del cual el propio ordenamiento jurídico quiere dejar constancia definiendo su alcance y su significado y que equivalen a la relevancia que se otorga a la Constitución respecto de los ciudadanos y de los poderes públicos, los cuales están sometidos ante todo a la Constitución y después al resto del ordenamiento jurídico. Se reconoce así el principio de la Constitución como fundamento básico del sistema jurídico.[139] De Otto precisa que el principio de legalidad garantizado en estas disposiciones, exige que la actuación de la administración y los tribunales no sea libre, esto es que esté vinculada por el ordenamiento jurídico, que la actuación de los órganos del Estado y en concreto de la administración mediante actos administrativos y los tribunales a través de resoluciones judiciales, se lleve a cabo con sujeción al ordenamiento jurídico. Aquí la palabra legalidad no designa la ley sino a todas las normas incluidos los reglamentos y por eso el

[139] Balaguer Callejón: Fuentes..... T. II, pág. 20

principio de legalidad también se conoce como de juridicidad. Es una consecuencia del Estado de derecho que limita jurídicamente los poderes del Estado. El principio de juridicidad no significa que la administración pueda hacer todo lo que no le está prohibido, sino que sólo puede hacer lo que le está permitido. Es la doctrina de la vinculación positiva, por oposición a la de la vinculación negativa, propia del dualismo alemán, donde la actuación de la administración es el ejercicio de un poder originario.[140]

3.7 Controles Administrativos.

Aparte de los controles jurídicos y políticos, existe otra modalidad de control y es el ejercido por la propia administración mediante la revocatoria directa de los actos administrativos, consagrada en el art. 69.1 del CCA, que dispone que: "*Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio, o a solicitud de parte en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*", con la salvedad que si el acto en cuestión ha creado situaciones jurídicas subjetivas se requiere la aceptación expresa del particular afectado con la decisión.

Este control administrativo puede operar bien por vía gubernativa, que es la posibilidad que tiene todo particular que considere que un derecho que le está reconocido por la Constitución o la ley, le ha sido vulnerado por causa de la expedición de un acto administrativo, para recurrir ante el funcionario que profirió el acto o ante su superior jerárquico para que lo revoque, como consecuencia bien de un recurso (reposición, apelación) o mediante la revocatoria directa.[141] La

[140] cfr. De Otto: op. cit. págs. 157 y 158

otra forma de este control es la tutela administrativa que ejercen los gobernadores sobre los acuerdos municipales, las ordenanzas y la ejercida por los Alcaldes sobre los actos de los Concejos, facultades consagradas en los arts. 305.9 y 315.6 y que vienen desde la reforma constitucional de 1.945 art. 190, numerales 6 y 7, cuando se invistió a los gobernadores del poder de objetar los proyectos de ordenanza.

3.8 Mediante los Estados de Excepción.

Los controles político, jurídico y administrativo, operan frente a los ataques internos derivados de los propios órganos del Estado, contenidos en los actos de desarrollo, aplicación e interpretación de la Constitución; mientras que los estados de excepción se dirigen contra las ofensivas de los gobernados, los ataques de otros Estados y las amenazas derivadas de hechos de la naturaleza. Es decir, el sistema procura la eliminación de las actuaciones antijurídicas de los gobernantes y gobernados que contravengan el sistema.[142] En Colombia habida cuenta de la peculiar situación política y de la casi bicentenaria crisis de Estado, los estados de excepción se han convertido en un instrumento diario para tratar de mantener la vida institucional dentro de la legalidad, incluso a través de este mecanismo que implica excepcionar la normalidad constitucional; de ahí la enorme importancia de la materia en la Constitución de 1.991 que hizo una regulación más amplia y tecnificada que la existente, al distinguirlos y diferenciarlos en tres diversas modalidades: Estado de Guerra Exterior, Estado de Conmoción Interior y Estado de Emergencia, destinada a combatir exabruptos de tipo económico, ecológico o social.

---

141 cfr. Gaona Cruz, Manuel: Control y Reforma de la Constitución en Colombia, pág. 114

142 cfr. Sáchica Aponte: Defensa...., pág. 372

3.9 Incontrolabilidad de la Norma Suprema.

Por último y como una reafirmación más del carácter supremo, el art. 59 transitorio estableció que la Constitución no estaría sujeta a ningún control jurisdiccional, lo que establece una sustancial diferencia con las demás normas del ordenamiento jurídico, pues todas ellas están sujetas a controles cuando resulten violatorias de una norma jerárquicamente superior.

4. FACTORES QUE RESTAN FUERZA NORMATIVA A LA CONSTITUCIÓN (UN PROBLEMA DE VIGENCIAS).

En Colombia en poco más de 170 años ha habido muchas Constituciones en vigor (10), pero probablemente ninguna haya tenido vigencia plena. No de otra forma se explica que un Estado donde siempre ha estado garantizada la separación de poderes, el régimen representativo, el control de los actos de los órganos políticos, que fue el primero en el mundo en tener control concentrado de constitucionalidad y donde se ha proclamado vehementemente el respeto por los derechos y garantías, viva hoy en un estado permanente de guerra civil y sometido a unas condiciones de desarrollo que están lejos de garantizar a sus habitantes el mínimo de dignidad requerido en el estadio actual de la civilización.

Esto sólo se puede explicar si aceptamos que la sola voluntad del constituyente histórico no puede fundamentar la vigencia real de la Constitución y desde luego no puede mantenerla cuando esto es más una cuestión de fuerza normativa, de su capacidad de operar en la realidad de la vida histórica de forma determinante y reguladora. Así pues, la fuerza normativa de la Constitución viene condicionada por la posibilidad de realización de sus contenidos, por eso cuanto mayor sea la conexión de sus preceptos con las circunstancias de

la situación histórica, tanto mejor conseguirán estos desplegar su fuerza normativa, porque a nadie escapa que cuando la Constitución ignora el estado de desarrollo espiritual, social, cultural, político o económico de su tiempo, se ve privada del imprescindible germen de fuerza vital, resultando imposible que se realice el Estado por ella dispuesto al aparecer contradictorio con el estado de desarrollo social.

La fuerza vital y operativa de la Constitución se basa en su capacidad para conectar con las fuerzas espontáneas, con las tendencias vivas de la época, de su capacidad para desarrollar y coordinar estas fuerzas y para ser en razón de su objeto, el orden global y específico de relaciones vitales concretas. De otra parte la fuerza normativa de la Constitución se halla condicionada por la voluntad constante de los implicados en el proceso permanente de realizar sus contenidos o sea que es imprescindible que el acuerdo del constituyente histórico se mantenga entre aquellos cuya actuación y cooperación trató de dirigir y coordinar a través de las normas de la Constitución.[143] Como acertadamente lo apuntara Hesse, a quien venimos siguiendo en estas líneas, la Constitución jurídica viene condicionada por la realidad histórica y por eso no puede ignorar las circunstancias concretas de una época, de modo que su pretensión de vigencia sólo puede realizarse cuando toma en cuenta dichas circunstancias, lo que en otras palabras quiere decir que se limitará la fuerza normativa de la Constitución en caso que esta pretenda construir un Estado teórico-abstracto sin consideración a las circunstancias y fuerzas históricas.[144] Pero en un plano más concreto podemos decir que los mayores peligros para la vigencia de la Constitución vienen representados por los siguientes factores:

---

143 cfr. Hesse, Konrad: op. cit. págs. 27 y 28

144 Esta idea es ampliamente desarrollada por Hesse en su obra Escritos de Derecho Constitucional, me remito especialmente a las págs. 61-62 y 75

4.1 Problemas para la Vigencia Formal.

4.1.1 Excesivamente Reglamentaria.

La Constitución de 1.991 adolece de un casuismo que resulta contrario al propósito inicial de los constituyentes, que aspiraban a una norma abstracta, sin la abundancia de disposiciones que necesariamente desvirtúan la jerarquía normativa. Un claro ejemplo es la regulación de la función legislativa que se convirtió en reglamento de las cámaras, exceso al que se llegó por el temor de los constituyentes a que se volviera a los viejos vicios parlamentarios.[145] Así pues, los arts. 159 a 169 son disposiciones que pertenecen por su naturaleza al reglamento del Congreso y sólo para rendir homenaje al casuismo, se les otorgó categoría constitucional.[146] El fenómeno también se hace patente en el pormenorizado catálogo de reglamentos fiscales y precauciones para el ejercicio del control lo que comprueba la desconfianza de la ANC en la estructura burocrática de las contralorías y el ejercicio politizado de sus funciones. Todo esto a pesar de que muchas veces se dijo que no se podía convertir la Constitución en códigos subalternos o en conjunto de normas con jerarquía diferente a la que es propia a la norma fundamental. Sin embargo se prefirió correr el riesgo de tales críticas antes que consentir en la desviación de funciones de que ha sido objeto el control fiscal en la últimas épocas.[147] El

[145] En este punto no podemos perder de vista que el motivo determinante que comprometió a los colombianos para solicitar y apoyar de forma irrestricta la convocatoria de una Asamblea Constituyente, fue la corrupción política, administrativa, financiera y moral por la que atravesaba el Congreso. Ello se tradujo en que una de las primeras medidas de la Asamblea fuera la revocatoria del mandato a los recién elegidos congresistas de ese entonces. Aunque el paso del tiempo ha venido demostrando la inoperancia de estas medidas pues hoy se ha caído en los mismos vicios y corruptelas y desafortunadamente de una manera más acentuada.

[146] Ibídem: págs 147, 148 y 160

exceso en el reglamentarismo fue de tal naturaleza que se llegó al extremo de la consagración de normas fundamentales singulares, tal como la disposición contenida el parágrafo del art. 77 que garantiza los derechos laborales de los trabajadores de la radio-televisión colombiana. No cabe la menor duda que disposiciones de esta índole desvirtúan el carácter normativo de la Constitución

4.1.2 Excesivamente Programática.

La investigación comparatista siempre ha reconocido una pluralidad de contenidos constitucionales de diferente calidad normativa, puesto que junto a disposiciones obligatorias o preceptivas, existen otras directivas o programáticas, distinción que se traduce en una clara jerarquía en la intensidad normativa de los diversos lenguajes utilizados en la Constitución, lo que equivale a la existencia de una especie de jerarquía intraconstitucional que supedita unos lenguajes a los otros.[148] Esta distinción la realiza más claramente George Burdeau quien sostiene que en la Constitución hay que diferenciar entre las disposiciones que enuncian una norma de derecho positivo (el constituyente establece una serie de normas de obligatorio cumplimiento) y otras que aun siendo reglas jurídicas se hallan desprovistas de fuerza obligatoria, de la coercibilidad propia del derecho positivo, son las normas que determinan fines, programas y directrices. La doctrina suele distinguir en la Constitución entre normas orgánico-procedimentales y normas de contenido o lo que es lo mismo entre parte orgánica y dogmática y aunque la distinción es en principio útil para expresar con algún orden el contenido de la Constitución, esta no

---

147 Ibídem: pág. 214.

148 cfr. Herrero de Miñon, Miguel: En Torno a la Aplicación de la Constitución, en La Constitución Española y las Fuentes del Derecho. Tomo II, págs. 1233 a 1243

puede tener más alcance que el de una clasificación académica que no indica nada respecto del valor de las normas constitucionales. Dado que la Constitución es norma suprema todos sus preceptos predeterminan positiva o negativamente el contenido de las normas y actos de los poderes que la Constitución organiza.[149] Por ello resulta tajante la afirmación de Alejandro Nieto, para quien la innegable circunstancia de que algunos preceptos constitucionales no produzcan efectos jurídicos directos, no autoriza a negarles la condición de normas jurídicas.[150]

Pero la distinción no se queda ahí, va más allá y por eso en la Constitución que es un complejo de normas muy heterogéneo, frente a normas de concreción absoluta se observan preceptos que parecen arrancados de un programa electoral rudimentario y aparentan ser poco más que píos deseos o consejos, tan bondadosos como evanescentes.[151] Y aquí respecto

---

[149] cfr. De Otto: op. cit. pág. 29

[150] cfr. Nieto, Alejandro: Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional, pág. 395

[151] cfr. Santamaría Pastor: op. cit. pág. 447. La generalidad de la doctrina española siempre ha acudido al célebre artículo 6 de la Constitución gaditana para ponerlo como ejemplo acabado del más puro talante demagógico al prescribir que: "*El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y así mismo el ser justos y benéficos*". Respecto de la Constitución de 1.978 se cita el art. 48: "*Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural*". Disposición última que está lejos de parecerse a algunas "perlas" consagradas en la Constitución de 1.991 como el art. 17: "*Se prohibe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas*", el art. 22 que resulta absolutamente indigerible: "*La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.*" o el declamatorio art. 95 que consagra que: "*La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de*

de la Constitución de 1.991 cabe decir que la demagogia y el populismo informaron la redacción de buena parte de sus primeros 94 arts (carta de derechos) y por eso como ya se ha demostrado a través de serios estudios sobre los costos de la reforma, su parte social es más un catálogo de buenos deseos que un conjunto de normas imperativas de inmediato cumplimiento. Por ello los artículos que plasman los principios fundamentales, los derechos y garantías, los derechos colectivos, los del medio ambiente y las formas de aplicación y protección de los derechos, los sujetos activos de ellos, y el ámbito de aplicación territorial de aquellas normas, se pueden denominar carta de derechos, catálogo de frustraciones históricas, recopilación de los anhelos del pueblo o el estatuto de dignificación del colombiano.[152] La regulación de la carta de derechos resulta excesiva por ser textos demasiado prolijos que descienden al detalle y que invadieron la órbita del legislador, tornándose rígidos por su casuismo, además la carga fiscal derivada del cumplimiento de este título es incalculable, ha despertado grandes expectativas, pero su desarrollo cabal producirá grandes frustraciones y adicionalmente hay que apuntar que como fuera de las normas generales se hizo el reconocimiento de derechos relativos a grupos sociales, gremios, edades, sexos, etc. con un particularismo que resulta inconveniente, una modificación cualquiera producirá reacciones del garantismo constitucional. Desde el punto de vista normativo, este capítulo y todo el título resultan repetitivos, recargados, casuistas y reglamentarios. Es impropio establecer como derechos de grupo los que ya han sido reconocidos como derechos comunes a todas las personas; esto crea distorsiones interpretativas y la falsa idea de privilegios que rompen la igualdad democrática. La mezcla de lo individual con

---

engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades."

[152] cfr. Lleras de La Fuente, Carlos y Otros: Interpretación y Génesis de la Constitución Colombiana de 1.991, pág.. 26 y 33

lo colectivo y aun con lo económico, es también fuente de malos entendidos, tal es el ejemplo del derecho a la paz, en tanto que es imposible determinar concretamente en qué consiste y de quién puede exigirse. Tampoco son de fácil deducción los alcances de ciertas prohibiciones como esclavitud, servidumbre o desaparición forzada de personas, más propias del ámbito de la ley penal que de la Constitución.[153] Aunque no parece que este exceso en la carta de derechos hubiese sido pretendidos por los constituyentes, así se desprende de un informe de la comisión encargada de elaborar la parte de derechos: "*La comisión ha tenido su mayor interés en lograr una redacción didáctica de nuestra Carta de Derechos y Deberes, que sea de fácil comprensión para el común de los ciudadanos, mediante un articulado lógico de las materias y la exposición clara y sintética de sus principios esenciales, evitando el recargo del reglamentarismo improcedente y del casuismo engorroso*".[154]

4.1.3 La Propia Extensión del texto.

La Constitución colombiana no es breve, no sólo por el número de sus artículos que con los transitorios llega a 449, sino también porque bastantes de ello son muy extensos y llegan a un detallismo casuista que parece impropio de un texto constitucional. Esa desmesura es una lástima y más si se tiene en cuenta que el lenguaje legal debe ser conciso preciso y claro, cualidades aun más necesarias en la norma suprema, que ha de servir de referencia última en los casos de presunta inconstitucionalidad y amparo,[155] pero sobre todo, porque dificulta su acceso al ciudadano, destinatario último de esta norma. Aunque en sentido contrario otros sostienen que la

---

153 cfr. Sáchica Aponte: Nuevo....., págs. 206 y 207

154 cfr. Uribe Vargas: La Constitución de 1.991....., pág. 92

155 cfr. Martínez Val, José María: La Nueva Constitución Colombiana, Estudios de Derecho Nº 117-118, pág. 59

cortedad de la máxima norma no es conveniente como instrumento de interpretación de la complejidad moderna y por eso la ausencia de una problemática como la actual, permitió que la Constitución de 1.886 tuviera una redacción breve, porque simples eran las condiciones de vida en aquel entonces.[156] En el derecho comparado parece que sólo la Constitución de la India supera en extensión a la colombiana, mientras que textos tan tradicionales como el estadounidense y el suizo apenas si sobrepasan el centenar de disposiciones.

4. 1. 4 La Intangibilidad Constitucional.

Otro peligro para la fuerza normativa de la constitución es su tendencia a la frecuente revisión so pretexto de necesidades políticas ineluctables. La acumulación de modificaciones en poco tiempo generará la consecuencia inevitable del resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa, cuando condición básica de esta, es que la Constitución resulte modificada en la menor medida posible.[157] Y a pesar de que la Constitución de 1.991 en principio tiene una pretensión de vigencia ilimitada, la práctica constitucional ha venido a demostrar lo contrario con la aprobación de tres reformas constitucionales absolutamente insubstanciales que de alguna forma demeritan su valor normativo pues atentan contra ese pacto tácito de intangibilidad constitucional que debe imperar en toda sociedad jurídicamente organizada. En esta linea es importante ejemplificar a través de la experiencia española que en 17 años de vigencia de la Constitución sólo ha abordado una elemental reforma y ello por exigencias inaplazables respecto de un proceso de integración supranacional y más recientemente que se comienza a abrir el debate acerca de la reforma del Senado, proceso que está siendo

156 cfr. Toro Lopera: op. cit. pág. 19

157 cfr. Hesse, Konrad: op. cit. pág.. 74

precedido de un largo debate jurídico y también es válido el ejemplo de Alemania donde por mandato del art. 79.3 "*Es inadmisible toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Länder o al principio de la cooperación de los Länder en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1 y 20*", cláusula de intangibilidad a la que Stern llama *"garantía de perpetuidad"*,[158] aunque este es un extremo que parece peligroso porque la norma se convierte en una fórmula de cierre que puede hipotecar la libertad de acción y decisión del constituyente futuro.

La Constitución debe representar un orden fundamental duradero, pues la Constitución democrática no es la voluntad coyuntural de una mayoría ocasional, sino la expresión de la voluntad del pueblo, fundamentada y duradera, a la que se ha llegado tras una amplia reflexión. De esta idea vive influenciada la tradición constitucional estadounidense que en 200 años sólo ha introducido 14 enmiendas fundamentales. Para garantizar esta durabilidad, la Constitución tiene que poseer una medida adecuada de elasticidad y flexibilidad que sirve a la vez para poder hacer frente a situaciones de tensión y de ahí que la situación de reforma se alcance cuando los principios fundamentales y las expresiones institucionales de la Constitución no sean reconocidas como vinculantes, cuando esta se ha enajenado de la voluntad general y es sentida como exclusivamente semántica, entonces la cuestión acerca de su renovación se hace evidente.[159]

---

158 cfr. Stern, Klaus: Derecho del Estado de la República Federal Alemana, pág. 342

159 cfr. Stern, Klaus: op. cit. pág. 227 y 228

4. 1. 5 Su Carácter Reiterativo.

Las reiteraciones son constantes así por ejemplo los deberes sociales del estado están asegurados en los arts. 2.2, 350, 356, 366, 368 y transitorio 48. La integración latinoamericana lo está en el preámbulo, artículos 9.2, 150.16 y 227, la diversidad étnica y cultural en los arts. 7, 310, 329, 330 y transitorios 55 y 56 y la protección de los bienes históricos, ecológicos y culturales en los arts. 8, 63 y 72. Y esto es malo porque deja la sensación de que regular una situación por una vez no resulta suficiente o que un enunciado constitucional hay que repetirlo hasta la saciedad para que alcance un verdadero sentido normativo. En todo caso estas repeticiones de disposiciones, denotan cuando menos, la falta de cuidado y la negligencia de los miembros de la Asamblea Constituyente y muy particularmente de los de la Comisión de Estilo.

4. 1. 6 La Incoherencia del Texto.

Los ejemplos no son únicos, por el contrario abundan, ya hemos ido exponiendo a través de todo el texto numerosos ejemplos de este grave defecto que es la consecuencia natural de dos deficiencias que se notan mucho: la depresión gramatical o de estilo y la de técnica jurídica. La confusión que hay en los arts. 75, 76 y 77 con esa referencia al espectro electromagnético, repetida en el 101 con la compañía de la órbita geoestacionaria es difícilmente comprensible.[160] Esto demuestra la incuria y la dejadez, por no decir tropicalismo y folklorismo, conque se abordó la redacción de esta norma, lógica consecuencia de la ausencia de técnica y de técnicos a la hora de redactar la norma; aunque no quiero pensar que esto sea muestra de la liviandad del proceso constituyente. La incoherencia de texto constitucional puede ser atribuida en gran parte a la desmesura de dicho

[160] cfr. Martínez Val: op. cit. pág. 60

proceso, para empezar la Asamblea estuvo conformada por 70 constituyentes de pleno derecho más cuatro con voz pero sin voto, que provenían de las más diversas extracciones políticas, ideológicas, económicas y culturales. Así hubo presencia de ganaderos, campesinos, guerrilleros, representantes de los poderes fácticos y evangélicos; juristas había muy pocos y constitucionalistas propiamente dicho, había sólo cinco y para llegar a ese número hay que ser ampliamente generoso en el calificativo. Además tan heterogéneo grupo de constituyentes sólo tuvo cinco meses para trabajar (del 5 de febrero al 4 de julio), escaso lapso, del cual mucha parte la malgastaron en la discusión del reglamento interno o en discursos retóricos, pero donde la enjundia jurídica de los debates, si los hubo, fue muy pobre.[161] Aquí vale la pena poner de presente la experiencia constituyente española, lenta y mesurada, que se inició el 22 de agosto de 1.977 con el comienzo de los trabajos por parte de los siete miembros de la ponencia encargados de elaborar el anteproyecto de Constitución y que finalizó con la promulgación de la Constitución el 27 de diciembre de 1.978.

El sui generis proceso constituyente colombiano, aunque injustificable, se puede entender mejor si recogemos la voz de uno de los constituyentes más autorizados, Carlos Lleras de la Fuente, quien comparando el proceso constituyente de 1.886 con el de 1.991, dice que la Constitución del 86 se redactó por un homogéneo y reducido número de 18 delegatarios, durante 8 meses, bajo la dirección de los señores Nuñez, Caro y Samper y con fundamento en unas bases claras y precisas que habían sido previamente aprobadas, mientras que la de 1.991 se redactó por 74 constituyentes de las más variadas características, orígenes, ideologías y culturas, durante cinco meses, sin dirección alguna y

[161] Para verificar este hecho basta con darle una rápida mirada a los anales de la Asamblea, que muestran un panorama desalentador y donde será muy difícil para el jurista acudir en busca de un antecedente histórico a la hora de interpretar una norma.

teniendo que considerar 131 proyectos de reforma constitucional (1 del gobierno y 130 de los miembros), más de 50 propuestas de los gremios, sindicatos, universidades y asociaciones de toda índole y variedad y 250 mil conclusiones de las mesas de trabajo que el gobierno había promovido en todo el país. Esto generó un grave problema de acumulación de trabajo que llevó al mediocre resultado final, pues la agotadora labor de estudio hizo imposible cumplir los plazos reglamentarios, lo que generó que se ampliaran, reduciendo así los plazos de la comisión codificadora y eliminando virtualmente el segundo debate en la plenaria, resultando que los textos finales se aprobaron sin orden ni análisis alguno; el trabajo de meses resultó suplantado por improvisados textos producidos por comisiones accidentales que en tres o cuatro horas dieron al traste con cuatro meses de estudio. La Comisión de Estilo tuvo dos días para corregir los caóticos y descordinados textos que llegaron a sus manos y fue así como a última hora se perdieron artículos, se aprobaron algunos que habían quedado pendientes y ocurrieron otros despropósitos.[162]

4. 1. 7 La Retórica que Impregna el Texto Constitucional.

Basta una rápida lectura de las primeras disposiciones constitucionales para darse cuenta que la Constituyente de 1.991 prefirió el camino del claro ambiente populista, quizá para comprometer al país en los procesos de paz, ya que el gobierno presentaba la convocatoria de una A.N.C como un foro propicio para abrir espacios de diálogo y concertación con los grupos y sectores enfrentados al sistema, lo que podría dar término a la prolongada campaña subversiva y a formas de organización delincuencial que amenazaban desestabilizar las instituciones.[163] Este fenómeno no es aislado, pues en América Latina, bajo el

162 cfr. Lleras de la Fuente y Otros: op. cit. págs. 21 a 23

163 cfr. Sáchica Aponte: Nuevo....., pág. 30

influjo de un trasnochado romanticismo que ha demostrado ser muy inferior para efectos prácticos, al pragmatismo anglosajón, se presenta una preocupante inflación constitucional impuesta por los políticos que creen o al menos hacen creer que el progreso se logra con simples formulaciones escritas y solemnes que terminan plasmadas en las llamadas revoluciones de papel, demasiado comunes en los países latinoamericanos, que confían tanto en el poder de la palabra y que se han forjado la idea de que basta crear teóricamente la institución para que ella exista en el campo de la realidad.[164] Siguiendo este hilo conductor, aparece palmario el hecho de que la Constitución se compone de un conjunto de preceptos los cuales no todos tienen estructura de norma jurídica. Para que esto se produzca no basta con la sola inclusión en el texto constitucional, se necesita además que consista en un mandato, una prohibición con la consiguiente sanción por su incumplimiento o que delimite esferas de poder y deber efectivamente exigibles entre sujetos determinados, lo demás no es norma jurídica, es pura retórica constitucional o legal y por consiguiente imposible de invocar ante los tribunales.[165]

Donde más claramente se refleja este sentido retórico es en el preámbulo, que resulta excesivo y redundante por ser fruto de consenso en una asamblea de gran heterogeneidad política, social, regional y cultural, que obligó a incluir en él toda suerte de propósitos y principios cuya realización simultánea es imposible. En él se reafirman todos aquellos bienes individuales y colectivos a que aspiran los hombres y los pueblos en todos los tiempos y países y se entiende que la Constitución debe ser el instrumento para su realización, lo que es concepción fetichista del derecho que atribuye a las normas poderes taumatúrgicos que la experiencia no ha confirmado.[166]

---

[164] cfr. Uribe Restrepo, Fernando: La Reforma a la Justicia, pág. 59 y en el mismo sentido Eduardo Santa: op. cit. pág. 99

[165] cfr. Garrido Falla, Fernando: op. cit. págs. 45 y 46

4. 1 .8 La Incoherencia de la Disposición Derogatoria General.

Consagrada en el art. 380, último de la normativa constitucional, que en una redacción carente de toda técnica jurídica establece la derogatoria de la hasta entonces Constitución vigente con todas sus reformas, pero no dice nada acerca de las disposiciones inferiores que estando vigentes resulten contrarias a sus mandatos. Este olvido perturba gravemente su carácter normativo, pues la inconstitucionalidad de las mismas no se podrá decretar por fuerza y autoridad de la Constitución, es decir porque esta lo mande, sino que deberá hacerse por vía interpretativa y a través de la aplicación judicial, mediante las declaratorias de la inconstitucionalidad sobrevenida. Aquí podemos destacar la Disposición Derogatoria Nº 3 de la C.E que opera como una derogatoria tácita que permite dejar en vigor la mayor parte del ordenamiento jurídico anterior, con exclusión de aquellas normas que sean contrarias a la propia constitución, lo que supone evitar un vacío jurídico resultante de no adoptarse tal solución. Este olvido de la Norma Fundamental de 1.991 ha llevado a Charry Ureña a sostener que las normas que resulten contrarias a la nueva Constitución, no se deben entender derogadas, sino que se debe esperar su derogatoria, ello tanto por razones de conveniencia (dejar sin efecto dichas leyes generaría traumatismos en las relaciones jurídicas); como porque no hay norma constitucional que así lo establezca.[167] Posición que resulta lógica si se entiende que cuando una Constitución viene a insertarse en un ordenamiento preexistente, no se acomoda a él, sino que lo fuerza a adecuarse a ella, lo que permite decir que la Constitución es la cúspide o base del ordenamiento jurídico. Esta acomodación no implica destrucción del ordenamiento, al establecerse una nueva disciplina para los

---

[166] cfr. Sáchica Aponte: Nuevo....., pág. 196

[167] cfr. Charry Ureña, Juan Manuel: Sistema Normativo de la Constitución de 1.991, pág. 45

modos de producción del derecho, la Constitución opera sólo ex-nunc y no deroga en absoluto las normas producidas validamente según el modelo anterior. Una vez promulgada la Constitución no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionales previstas pero siguen siendo formalmente válidas todas las que fueron conformes al sistema anterior.[168]

La disposición derogatoria se entiende aplicable para todas aquellas normas que regulan de forma distinta a la Constitución materias en que esta es de indiscutible aplicación directa: derechos fundamentales y organización, competencia y funcionamiento de los poderes del Estado. El efecto en este caso implica que cualquier aplicador del derecho: juez, tribunal, ente público, sujeto privado, interprete de cualquier especie, ha de concluir la falta de vigencia de las normas anteriores y debe proceder a la aplicación directa de los preceptos constitucionales sin que medie intervención del Juez Constitucional, que no entiende de problemas de derogación de normas sino de posibles contradicciones entre la Constitución y normas vigentes, dicho de otra manera en este supuesto estamos ante un problema de vigencias y no de validez que son los que resuelve la Justicia Constitucional, la inconstitucionalidad hace referencia a la ley aplicable al caso y ello presupone su vigencia.

El problema radica en saber si la disposición se hace extensible a la totalidad de la legislación anterior y no sólo a los supuestos en que las normas resulten contradictorias. Si se acepta esta hipótesis, la derogación ha de ser resuelta por los jueces y tribunales, si no se acepta, hay que acudir a la excepción de inconstitucionalidad sobrevenida, a la instancia de la Corte Constitucional. La Constitución alemana resolvió el problema en el art. 123 que deja sin vigor todo el derecho preconstitucional que le sea contrario, de ahí que el T.C Alemán

[168] cfr. Rubio Llorente: op. cit. pág. 57

se niegue a tramitar inconstitucionalidades de esta naturaleza y remita su decisión a los jueces ordinarios. Por otro lado aunque la Constitución italiana carece de cláusula derogatoria expresa, más sin embargo y por el carácter innovador de la norma, se entiende derogatoria. Pero la Corte Constitucional Italiana se inclinó por la otra vía, al estimar que esas normas contrarias no quedaban abrogadas sino que adolecían de ilegitimidad constitucional sobrevenida y en consecuencia es ella la competente para resolverla. Hay que aclarar que tanto la Corte Constitucional como la doctrina italiana, sostienen que la inconstitucionalidad ha de referirse a contradicción con principios materiales y no a las regla formales de elaboración que al momento de aprobarse no eran contrarias a la Constitución ahora vigente. En el caso español la solución adoptada por el Tribunal Constitucional en su primera sentencia fue en el sentido de que los jueces ordinarios podían apreciar por si mismos la derogación, pero si albergaban dudas debían acudir al TC.[169]

Por todo lo anterior y a pesar de lo reciente de la norma, se puede afirmar que desde el punto de vista meramente formal, la Constitución de 1.991 es una norma. Pero los elementos formales no son parámetro suficiente para establecer el valor real de la misma, puesto que si así fuera, habría que afirmar que Colombia cuenta con una de las tradiciones constitucionales más sólidas y más antiguas del mundo, pero al contrario, como ha quedado demostrado y a pesar de la existencia casi bicentenaria de documentos de esta naturaleza, la realidad fáctica ha superado por mucho la realidad constitucional.

---

[169] cfr. García de Enterría: La Constitución como Norma, págs. 83 a 94

4. 2. Problemas para la Vigencia Real.

4. 2. 1 Ausencia de Sentido Constitucional en los Ciudadanos.

El constitucionalista Carlos Restrepo Piedrahita afirmó en 1.986, a propósito del centenario de la Constitución entonces vigente, que deplorablemente era ínfimo el grado de conciencia de la necesidad de instrucción cívica para los colombianos, tan requeridos de ella, lo que ha llevado a que de todos los sentimientos que pueden caracterizar una nación, el menos desarrollado en Colombia sea el sentimiento constitucional.[170] Este hecho ha motivado que en la misma Constitución se haya recogido una disposición que pretende remediar esta situación. Así el art. 41 de la misma ordena: "*En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución*". Este precepto ha sido desarrollado por la ley 107 del 7 de enero de 1.994, que en su art. 1 exige cursar cincuenta horas de estudios constitucionales para obtener el título de bachiller.

Rubio Llorente dice, con bastante razón, que la aprobación de una Constitución no es más que una hipótesis de Constitución, ella será una realidad viva cuando todos la hagamos eficaz,[171] por eso mientras el ciudadano común no se la "*apropie*", la eficacia de esta estará en entredicho, los derechos que ella garantiza serán simples enunciados y la efectiva ejecución de la misma quedará supeditada a la buena voluntad de los poderes estatales que actuarán a su arbitrio frente a unos individuos inermes en muchas ocasiones, pero las más de las veces simplemente indolentes. De aquí se desprende que uno de

---

170 cfr. Restrepo Piedrahita: Constituyentes....., pág. 29

171 cfr. Rubio Llorente: op. cit. pág. 73

los elementos fundamentales para la viabilidad de la Constitución sea la conformación de un compromiso profundo con la Constitución y en esta tarea la gran protagonista debe ser la sociedad civil, pues es ella la encargada de canalizar las protestas y de ejercer las presiones que eviten que se desvirtúen los logros alcanzados. Pero esto sólo puede lograrlo una sociedad civil más organizada, plenamente mentalizada de sus derechos y adherida consciente y aun emocionalmente a los valores y decisiones constitucionales y a la participación político-social que permiten su realización como ciudadanos en una democracia ajustada al derecho. Fenómeno que sólo será posible en aquellos países cuyas instituciones políticas susciten en el pueblo el sentimiento constitucional y la firme adhesión a los principios contenidos en la Constitución.[172]

4. 2 .2 La Situación Fáctica que Subyace.

La verdad es que habida cuenta del largo camino recorrido por el derecho constitucional a lo largo de 200 años y durante los cuales ha luchado por librarse del letal abrazo de ciencias como la sociología, la ciencia política o la historia, no resulta nada claro pretender abordar el estudio de la Constitución a partir del análisis de las situaciones fácticas agazapadas bajo el entramado constitucional o lo que es lo mismo, reducir el análisis del constitucionalismo de un país al estudio de la Constitución real y material y más aún cuando respetables juristas sostienen que ciencias como la filosofía política y social, la antropología, la sociología, la historia o la ciencia política, carecen de toda relevancia para lo que ha de ser hoy el menester primario e ineludible del derecho constitucional: interpretar la Constitución, orientar su proceso aplicativo, comprender y dirigir la eficacia

[172] cfr. Dugas, John: op. cit. pág. 43 y en el mismo sentido Pablo Lucas Verdú, El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo, págs. 10 y 51

normativa de la misma, ya que la ciencia jurídica no es una ciencia política o social más, tampoco puede intentar manejarse desde las categorías ordinarias del conocimiento o teoría social o política, ni pretende el conocimiento de la realidad social y política, ella busca hacer operativo el mundo de las normas jurídicas simplemente y hacerlo sirviendo a sus fines propios.[173]

Pero el estudio de estas categorías, tradicionalmente consideradas extrajurídicas, extranormativas, debe ser rigurosamente abordado a la hora de discurrir por los senderos constitucionales, especialmente en estados como Colombia, donde se aprecia claramente y sin demasiados esfuerzos el distanciamiento que existente entre los postulados constitucionales y la realidad cotidiana de la vida, o como lo expresa Carlos Restrepo Piedrhita quien afirma que el sistema político hoy vigente en Colombia es todavía muy imperfecto por la asimetría entre el convulsivo entorno generador de atropellante demanda social y la insuficiente respuesta institucional, en otras palabras la disparidad entre el derecho constitucional y la realidad constitucional.[174]

De otra parte un estudio de esta naturaleza y utilizando estas herramientas, se justifica hoy mayormente en la medida que en el estadio actual del derecho constitucional, la Constitución debe pasar de ser la simple reguladora de las relaciones entre los órganos del estado, para pasar a ser la reguladora de las relaciones individuales, es decir, cuando para el derecho constitucional se hace necesario recuperar al individuo, al ciudadano, frente a un Estado aplastante que se ha superpuesto a la sociedad y también porque actualmente la insistencia del Estado en lo económico y lo social, impulsado por las mismas

---

[173] cfr. García de Enterría: La Constitución como Norma, pág. 27 y 28

[174] cfr. Restrepo Piedrahita, Carlos: El Sistema Constitucional Colombiano, pág. 206

expectativas de desarrollo y elevación del nivel de vida que en sus asociados ha despertado, ha hecho que descuide sus funciones tradicionales: preservar el orden interior, asegurar la eficacia de las reglas de derecho o administrar pronta y cumplida justicia. De ahí la tendencia que ha aparecido en muchas comunidades a buscar solución ellas mismas para sus demandas, prescindiendo de las instancias estatales, a veces mediante fórmulas regresivas que recuerdan la época feudal, por no mencionar estadios primitivos de la evolución social.[175]

Aceptado este presupuesto básico hay que decir que la realidad constitucional colombiana, como la de América Latina en general, es lamentable y dista mucho de cumplir uno de los cometidos fundamentales que justifican la existencia de un área como el derecho constitucional: la garantía de un mínimo de derechos en favor de la persona humana. Una simple mirada a la realidad y un rápido decurso por la historia, nos muestran como a pesar de que constitucionalmente los de América Latina son Estados más antiguos que muchos de la misma Europa,[176] esta

---

[175] cfr. Vallejo Mejía, Jesús: Consideraciones sobre la Crisis del Estado, pág. 329

[176] Sólo por citar algunos ejemplos Finlandia, la República de Irlanda, Hungría, República Checa, Eslovaquia, son naciones Estado con apenas 70 años más o menos, incluso la hoy todo poderosa Alemania que apenas si hasta finales del pasado siglo vino a reconstituirse en un Estado. Tal vez las graves falencias del constitucionalismo latinoamericano radiquen ahí, en la presencia prematura de la idea de Estado, pero en la ausencia total de conciencia de nación, mientras que en Europa hay naciones milenarias (Alemania) que hasta ahora son Estado o algunas incluso que están en proceso latente de llegar a serlo (flamencos y valones). Argumento este que reafirma la necesidad de la combinación de las ciencias sociales con el derecho constitucional, pero sólo valiéndose de dichas categorías, nunca llegando a desvirtuar el derecho constitucional de su alto contenido jurídico, extremo al que han llegado algunos tratadistas, como Maurice Duverger quien

concepción no ha logrado penetrar en la sociedad civil y que instituciones como la separación de poderes, el régimen representativo, la supremacía de la Constitución y la garantía de los derechos, no han pasado de ser meros enunciados, vanos deseos, disposiciones estériles o papeles al viento y lo que es peor y según lo afirma Heller, con bastante frecuencia el uso social, la realidad social no normada o normada extrajurídicamente se revela más fuerte que la norma estatal, porque como sostiene él, la creación de normas por el Estado no genera un derecho válido, sino sólo el plan de un derecho que se desea para el futuro. Esta oferta que el legislador hace a los destinatarios de la norma sólo produce derecho vigente en la medida en que las normas salen de su existencia en el papel para confirmarse en la vida humana como poder, confirmación que puede faltar por muy diversos motivos, bien porque la vida social no precise tales normas, bien porque las rechace y en tales casos la norma pierde su fuerza normalizadora, por eso muchas normas pasan por la vida sin dejar rastro y por tanto pueden ser derogadas sin que ello tenga importancia para la realidad social.[177]

---

claramente estudia el derecho constitucional desde el análisis social. Es decir lo que no se puede hacer es convertir el derecho constitucional en normas sociales, pero de otro lado tampoco se puede pretender el estudio del derecho constitucional a partir de los simples datos de carácter positivo, sino que es necesario acudir al auxilio de todas las demás áreas del conocimiento tradicionalmente consideradas extrajurídicas, de lo contrario el derecho constitucional se quedará aislado en discusiones de seminario o laboratorio, cuyo resultado será una visión unidimensional del derecho constitucional, la formalista y judicial que desconoce uno de los elementos más singulares de la Constitución, que esta, además de ser norma jurídica, es también norma política. Como ha dicho Lucas Verdú, no se puede concebir el derecho constitucional tajantemente separado de la realidad política, pero tampoco se puede admitir su desaparición mediante la absorción por la sociología o la ciencia política. (cfr. El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo, pág. 37)

Más concretamente esto se puede afirmar en Colombia donde un 60% de la población es pobre (21 millones de personas aproximadamente, de los cuales 8 millones viven bajo niveles de miseria o pobreza absoluta), donde hay 4.2 millones de analfabetos, 5 millones que han tenido que emigrar a otros países en busca de mejor estar, cuando hay 30 mil presos en la cárcel, de los cuales el 60% está en situación de detención preventiva que a veces se prolonga indefinidamente y donde cada año hay 30 mil muertes violentas y 2.000 secuestros, eso sin tener en cuenta que en Colombia hay estadísticas oficiales que afirman que el 82% de los ilícitos no se denuncian a las autoridades; por eso ante la fuerza de los hechos resulta risible leer disposiciones constitucionales que garantizan derechos tan elementales como la vida, la dignidad de la persona, la libertad o la integridad personal. La realidad choca frontalmente con el que debe ser el auténtico sentido de la Constitución, que impone que ella sólo adquiere sentido en tanto es una norma con pretensiones de validez, pero sobre todo de eficacia y por ello exige una garantía, mecanismos que aseguren una reacción en caso de incumplimiento defendiendo los mandatos contenidos en el texto constitucional, no solo a través de los mecanismos formales de salvaguarda del ordenamiento, sino también mediante acciones concretas por parte del Estado tendentes a evitar la dislocación realidad social-mandatos constitucionales, que como afirma Luis López Guerra es una amenaza que pueden provenir por dos vías distintas: negación expresa de la obediencia a la Constitución con la consiguiente pretensión de destruir por la vía de hecho el ordenamiento constitucional y son las situaciones de insurrección o golpe de estado. Pero también es posible una amenaza igualmente peligrosa que es su negación en la práctica mediante el simple incumplimiento. La primera es la destrucción por las vías antijurídicas y la segunda su olvido e irrelevancia,[178] de las

177 cfr. Heller, Herman: Teoría del Estado, págs. 277 y 278

178 cfr su obra: Introducción ....., pág. 92

cuales en este estudio sólo nos ocuparemos de las segundas, pues las primeras corresponden más al campo de la sociología y de la ciencia política.

Como dice Konrad Hesse, puede suceder que en la vida de la comunidad exista alguna realidad que se halle en contradicción con la Constitución. Esta debe ser tomada en cuenta y hacer lo necesario para evitar que se produzca una realidad inconstitucional, para situar de nuevo la realidad de acuerdo a la Constitución, es decir mediante consideraciones de política constitucional, crear los presupuestos de una realización legítima de la constitución y si esto no es posible, entonces reformarla.[179] Lo que más sintéticamente se puede expresar diciendo que hay que evitar las realidades inconstitucionales, pero también hay que evitar la existencia de Constituciones irreales.

Todo lo anterior nos lleva a sostener que en sentido estricto, Colombia carece de Constitución, si bien formalmente tenemos una historia constitucional que data de 1.821, esto especialmente ante las exigencias del moderno constitucionalismo, el constitucionalismo humanitario que pretende arrebatar la Constitución de las prepotentes garras del Estado para devolverla al ciudadano; recuperando así el primigenio concepto de Constitución acuñado por los revolucionarios franceses, que inspiraron toda su obra y su profunda transformación sobre la base del hombre y más concretamente del ciudadano, idea que se plasma en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1.789 que dice: "*Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución.*" expresión que implica que la Constitución se articula sobre dos pilares fundamentales: separación de poderes o racionalización

[179] cfr. Hesse, Konrad: op. cit. pág. 31

de su ejercicio (aspecto jurídico formal atinente al Estado) y el aseguramiento de las bases de convivencia de la sociedad civil. Queda claro que faltando uno de ellos se destruye el concepto de Constitución.

En Colombia la historia de la Constitución del Estado ha sido larga y generosa y como ya se dijo viene evolucionando desde 1.821 hasta llegar a convertir ese Estado en uno de los más complejos del mundo en cuanto estructura administrativa,[180] mientras que la historia de la Constitución del ciudadano está por escribirse, lo que supone que necesariamente se debe abandonar ese anticuado concepto de Constitución como el conjunto de normas que regulan esencialmente la estructura y la actividad del Estado, para concluir en un constitucionalismo humanista que se ocupe más del individuo. En otras palabras se hace imperante superar la Constitución del Estado para abordar la Constitución del individuo, proceso que necesariamente pasa por desadministrativizar el derecho constitucional, puesto que como dice Lucas Verdú, los administrativistas propenden consciente o inconscientemente a magnificar el Estado, en tanto que a los constitucionalistas en líneas generales les preocupa mucho más la consolidación de la libertad.[181]

---

[180] La complejidad del Estado colombiano está presente en todas las esferas y ramas, así en la administración central además de la existencia de 15 ministerios existen numerosos departamentos administrativos y superintendencias, existe una rama electoral, una rama de control integrada por la procuraduría, la contraloría, la contaduría nacional, la veeduría del tesoro y la defensoría del pueblo, mientras que la rama judicial se divide en contencioso administrativa, constitucional y ordinaria que a su vez se subdivide en civil, laboral, penal, familia, comercio, minas, menores y agraria, además de la existencia del Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la nación.

[181] cfr. Lucas Verdú, Pablo: El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo, pág. 48

Esta dicotomía queda perfectamente bien definida en dos concepciones de la Constitución, bien como "el orden jurídico fundamental del Estado" de W. Kägi o como "el orden jurídico de la comunidad" de Konrad Hesse,[182] donde los primeros reducen el orden constitucional a magnitudes lógico jurídicas y lo explican sometiéndolo a conexiones puramente formalistas que muchas veces no responden a la realidad subyacente y sobre todo a las transformaciones y desarrollos de esa realidad.

---

[182] cfr. Gómez Orfanel, Germán: El Contenido Normativo del Derecho Constitucional, en Estado y Direito Nº 12, págs. 57 a 67

BIBLIOGRAFÍA

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto: ¿Vigencia de la Constitución de 1.886 Hoy?, Estudios de Derecho Nº 107-108, Universidad de Antioquia, Medellín, 1.985, págs. 149 a 163

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: Derechos Fundamentales y Constitución Normativa, en Introducción a los Derechos Fundamentales, Madrid, Ministerio de Justicia, vol. I, 1.988, págs. 207 a 225

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: Fuentes del Derecho, Madrid, Tecnos, vols. I y II, 1.991-1.992, T. I 183 págs. y T. II 259 págs.

CARO, Miguel Antonio: Estudios Constitucionales y Jurídicos, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1.986.

CEPEDA, Manuel José: Introducción a la Constitución de 1.991, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1.993

CEPEDA, Manuel José: Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1.991, Bogotá, Temis, 1.992

CHARRIA ANGULO, Alfonso: Legalidad para Tiempos de Crisis, Editorial Presencia, Bogotá, 1.984, 466 págs.

CHARRY UREÑA, Juan Manuel: Sistema Normativo de la Constitución de 1.991, Bogotá, Temis, 1.993.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí: El Mito de la Constitución de 1.886, Estudios de Derecho Nº 109-110, Universidad de Antioquia, Medellín, 1.986, págs. 25 a 40

CHINCHILLA, Tulio Eli: Introducción a una Teoría Constitucional Colombiana, Estudios de Derecho Nº 117-118, Universidad de Antioquia, Medellín, 1.991, págs. 7 a 28.

CONCHA, José Vicente: Apuntamientos de Derecho Constitucional, Bogotá, Librería Americana, 1.915.

COPETE LIZARRALDE, Alvaro: Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano, Bogotá, Temis, 1.957.

DE CARRERAS, Francesc: Norma y Ordenamiento Jurídico en la Constitución Española, RCEC Nº 9, CEC, Madrid, 1.991, págs. 39 a 56

DE OTTO Y PARDO, Ignacio: Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes, Barcelona, Ariel, 2ª ed. 1.987.

DUGAS, John (ed): La Constitución de 1.991 ¿Un Pacto Político Viable? en La Constitución de 1.991 ¿Un Pacto Político Viable?, John Dugas (ed), Bogotá, Universidad de los Andes, 1.993, págs. 15 a 44

ESPÍN, Eduardo: La Constitución como Norma en Derecho Constitucional, Luis López Guerra (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, vol. I, 1.992, págs. 39 a 56

FIGUERUELO BURRIEZA, Angela: Garantías para la Protección de Derechos en la Constitución Colombiana de 1.991. Especial Referencia a la Acción de Tutela, REP Nº 84, CEC, Madrid, 1.994, págs. 181 a 197

GAONA CRUZ, Manuel: Control y Reforma de la Constitución en Colombia, Bogotá, Ministerio de Justicia, 1.988

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo: La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Civitas, 3ª, 1.991, 264 págs.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 6ª, vol. I, 1.993, 802 págs.

GARRIDO FALLA, Fernando: Las Fuentes del Derecho en la Constitución Española en La Constitución Española y las Fuentes del Derecho, Madrid, IEF, vol. I, 1.979, págs. 27 a 48

GÓMEZ ORFANEL, Germán: El Contenido Normativo del Derecho Constitucional, Estado y Direito Nº 12, 1.993, págs. 57 a 67

GORDILLO CAÑAS, Antonio: Ley, Principios Generales y Constitución. Apuntes para una Relectura desde la Constitución de la Teoría de las Fuentes del Derecho, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1.990, 144 págs.

HELLER, Herman: Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1.971, 341 págs.

HENAO HIDRÓN, Javier: Panorama del Derecho Constitucional Colombiano, Temis, Bogotá, 6ª ed. 1.985, 291 págs.

HERRERO DE MIÑON, Miguel: En Torno a la Aplicación de la Constitución en La Constitución Española y las Fuentes del Derecho, Madrid, IEF, vol. II, 1.979, págs 1.215 a 1.251

HESSE, Konrad: Escritos de Derecho Constitucional, Madrid, CEC, 1.983, 112 págs.

KELSEN, Hans: Teoría Generale del Diritto e dello Stato, Etas Libri, Milán, 1.978, 503 págs.

KELSEN, Hans: Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1.974, 245 págs.

LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y otros: Interpretación y Génesis de la Constitución Colombiana de 1.991, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1.992

LÓPEZ GUERRA, Luis: Introducción al Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia 1.994, 231 págs.

LOWENSTEIN, Karl: Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1.964, 527 págs.

LUCAS VERDU, Pablo: El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo, RDP Nº 13, UNED, Madrid, 1.982, págs. 7 a 52.

LUCAS VERDU, Pablo: La Constitución Abierta y sus Enemigos, Universidad Complutense, Madrid, 1.993, 93 págs.

MAIGUEL, Rubén Alberto y Camilo Alberto Gómez: Procedimientos de Control de Constitucionalidad en Colombia, Bogotá, Universidad Javeriana, 1.988, 194 págs.

MANRIQUE REYES, Alfredo: La Constitución de la Nueva Colombia, Cali, CEREC, 1.991

MARTÍNEZ VAL, José María: La Nueva Constitución de Colombia, Estudios de Derecho Nº 117-118, Universidad de Antioquia, Medellín, 1.991, págs. 37 a 63.

MELO GUEVARA, Gabriel: El Estado y la Constitución, Bogotá, Temis, 1.967, 263 págs.

NIETO, Alejandro: Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional, RAP Nº 100-102 vol. I, Madrid, CEC, 1.983, págs. 371 a 415

PASTOR RIDRUEJO, Luis: Sistema Jurídico y Constitución en La Constitución Española y las Fuentes del Derecho, Madrid, IEF, vol. III, 1.979, págs. 1.567 a 1.605

PÉREZ ROYO, Javier: Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 1.994, 729 págs.

PÉREZ ROYO, Javier: La Reforma de la Constitución, RDP Nº 22, Madrid, UNED, 1.986, págs. 7 a 60

PÉREZ ROYO, Javier: Las Fuentes del Derecho, Madrid, Tecnos, 4ª, 1.988, 178 págs.

PÉREZ, Francisco de Paula: Derecho Constitucional Colombiano, Bogotá, Universidad Javeriana, 1.992

PINIELLA SORLI, Juan Sebastián: Sistema de Fuentes y Bloque de la Constitucionalidad, Encrucijada de Competencias, Barcelona, Bosch, 1ª, 1.994, 292 págs.

PIZZORUSSO, Alessandro: Lecciones de Derecho Constitucional, Madrid, CEC, s.e. vol. II, 1.984, 484 págs.

PREDIERI, Alberto: El Sistema de las Fuentes del Derecho en La Constitución Española de 1.978. Estudio Sistemático Dirigido por los Profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 2ª, 1.981, págs. 159 a 260

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos: Constituyentes y Constitucionalistas Colombianos del siglo XIX, Bogotá, Banco Popular, 1.986, 187 págs.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos: El Sistema Constitucional Colombiano en Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos, Dykinson, Madrid, 1.992, págs. 171 a 210

RUBIO LLORENTE, Francisco: La Constitución como Fuente del Derecho en La Constitución Española y las Fuentes del Derecho, Madrid, IEF, vol. I, 1.979, págs. 49 a 74. También en La Forma del Poder, CEC, Madrid, 1.993, págs.

SAA VELASCO, Ernesto: El Proceso de la Constitución de 1.886 y Don Rafael Nuñez, Popayán, 1.984

SÁCHICA APONTE, Luis Carlos: Nuevo Constitucionalismo Colombiano, Bogotá, Temis, 10ª, 1.992

SÁCHICA APONTE, Luis Carlos: Siete Estudios Constitucionales, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1.986

SÁCHICA APONTE, Luis Carlos: La Constitución y su Defensa en La Constitución y su Defensa, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1.984, págs. 329-373

SANIN GREIFFESTEIN, Jaime: La Defensa Judicial de la Constitución, Bogotá, Temis, 1.971

SANTA, Eduardo: Instituciones Políticas de Colombia, Bogotá, Temis, 2ª ed, 1.981, 361 págs.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso: Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, s.e, vol. I, 1.988, 1.244 págs.

SARRIA. Eustorgio: Guarda de la Constitución. Bogotá. CEIDA. s.f

SMEND. Rudolf: Constitución y Derecho Constitucional. C.E.C. Madrid. 1.985. 287 págs.

STERN. Klaus: Derecho del Estado de la República Federal Alemana. Madrid. CEC. s.e. 1.987. 909 págs.

STROHER PAES. Sara María: Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade. Origem e Evolução. Revista de Informação Legislativa Nº 118. Brasilia. 1.993. págs. 139 a 156

TASCÓN. Tulio Enrique: Historia del Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá. Ediciones Minerva. 1.953
TORO LOPERA. Alberto: Principios Fundamentales de la Constitución Política de Colombia 1.991. Editorial Lupa. Medellín. 1.993. 446 págs.

URIBE RESTREPO. Fernando: La Reforma a la Justicia. en Hacia una Reforma Constitucional. El Mundo. Medellín. 1.987. págs. 56 a 66.

URIBE VARGAS. Diego: Las Constituciones de Colombia. Madrid. Ediciones de Cultura Hispánica. ICI. Madrid. 2ª ed. 1.985. III Vols. 1.471 págs.

URIBE VARGAS. Diego: Estructura Constitucional para el Cambio. Bogotá. Senado de la República. 2ª ed. 1.987. 331 págs.

URIBE VARGAS. Diego: La Constitución de 1.991 y el Ideario Liberal. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 1.992

VALENCIA VILLA, Hernando: Los Derechos Humanos en la Constitución Colombiana de 1.991, Debate Abierto Nº 8, 1.992, págs. 9 a 29

VALLEJO MEJÍA, Jesús: Sobre la Crisis del Estado en Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.993, págs. 325 a 339

VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín: La Constitución de 1.837: Una Constitución Transaccional, RDP Nº 20, UNED, Madrid, 1.983-1.984, págs. 95 a 107

VÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Orlando: La Real Constitución Política de Colombia, Estudios de Derecho Nº 107-108, Universidad de Antioquia, Medellín, págs. 119 a 147

Este libro se imprimió en los talleres litográficos de la Editorial Manuel Arroyave, en la ciudad de Medellín en el mes de noviembre de 1995.