

EL PROCESO INTEGRADOR DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA (FRAGMENTOS)

Luis Carlos SÁCHICA APONTE*

SUMARIO: I. *El dogmatismo de lo jurídicamente correcto*. II. *El proceso integrador del control*. III. *Naturaleza de las sentencias de constitucionalidad (la última palabra)*.

I. EL DOGMATISMO DE LO JURÍDICAMENTE CORRECTO

Las últimas reformas constitucionales no han sido más que olas tardías de la retrasada modernidad que el liberalismo ha promovido y ha ido implantando con éxito ante la deserción no justificada de las fuerzas tradicionales.

Significa esto que el país ha venido desarrollándose un proceso de despolitización, laicismo y privatización que han hecho aceptar su pretexto de tolerancia civilizada, la normalización de contradicciones conflictivas, situaciones irregulares y diferencias que parecían insalvables. Se trata de crear una homogeneidad formal, en la que la uniformidad se hace pasar tramposamente por igualdad. Se invocan como justificantes de ese movimiento inducido por revoluciones sucedidas en otros climas culturales no sólo la necesidad de llegar a la racionalización de todas las actividades sociales, sino también de hacer que el país sea contemporáneo, ya que en tiempos de globalización es imperdonable no estar a tono con la atmósfera de los pueblos más desarrollados.

* Abogado colombiano; presidente de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Tribunal del Pacto Andino; miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de La Plata Argentina.

El artificio que ha servido para orientar y dar forma a ese proceso ha sido la normalización jurídica, bajo la figura del Estado de derecho, subsumiendo todas las manifestaciones de la vida social en el ordenamiento jurídico identificado por esa figura, borrando cualquier vestigio de religiosidad, espíritu de partido o expresión de lo público, para centrar la acción de la comunidad en el hombre absoluto, como titular de derechos ilimitados que se le deben garantizar en cualquier circunstancia.

Desde cuando se logró la independencia política, se inició un movimiento casi natural de descolonización. Implicaba romper perjuicios con el antiguo régimen, en punto a creencias, sentimientos, costumbres, leyes, instituciones, inspirado por los principios revolucionarios consagrados como universales en la Revolución de Francia de 1789, seguida por la de 1848, cuyo impacto entre nosotros nadie puede negar, y que fueron llevados de manera radical, sin que los intentos contrarrevolucionarios de 1843 y 1886 sirvieran de barrera capaz de contrarrestar aquella corriente.

Esa influencia ideológica ha hecho una bella carrera y se ha apropiado del monopolio para la interpretación de la historia y la determinación de lo que es políticamente correcto. Asimilado hoy con lo que es jurídicamente correcto.

Con la pretensión absurda de creer que la formalización y normalización jurídicas bastan para realizar los fines del hombre en la tierra, o los de un pueblo, o de toda la gente, como si fuera posible encerrar la vida y el mundo en un orden jurídico. Sin pensar que hay situaciones y realidades que escapan a la norma jurídica y que, por tanto, es forzoso adoptar decisiones, sea en estado de necesidad o por razón de estado, que no se derivan de la norma misma y que nunca se puede excluir el evento de llegar a un estado de excepción en que la normatividad jurídica quede abolida por los hechos.

En este ensayo se pretende mostrar cómo estamos en el momento de culminación del proceso racionalizador o modernizante, con la mala fortuna de que ya estamos viviendo en la posmodernidad, el relativismo generalizado y la fragmentación de todas las realidades, que nos hacen ver como anacrónicas instituciones que apenas estamos estrenando.

Que en un ordenamiento jurídico exista una voluntad jurídica que pueda adoptar la decisión última e inapelable sobre las decisiones de los poderes constituidos, incluyendo en las que deciden sobre lo no decidido o reforman lo decidido, obliga a reconocer que en ese ordenamiento esa competencia es la dominante, la determinante de todas las manifestacio-

nes de poder y que, en consecuencia, ese ordenamiento jurídico excluye de su ámbito las decisiones políticas y sólo admite lo jurídicamente correcto.

Pues bien. Ése es el caso del ordenamiento jurídico colombiano, en el cual la Corte Constitucional aparece investida del poder antes descrito, trascendiendo la clásica separación del poder público, y unificando sistemáticamente el orden jurídico para englobarlo y cerrarlo a todo elemento que no corresponda a conceptos y normas jurídicas.

Con esto hemos llegado sin entera conciencia a una situación de franco absolutismo jurídico o constitucional, si se quiere.

Totalitarismo jurídico que resulta a la larga sospechosa de contribuir a la desviación de la política hacia lugares que no le son propios, desvirtuándola al falsear su objeto y aparecer fuera de su escenario natural.

Además, la actividad desarrollada para configurar el sistema de control de constitucionalidad centralizado, unitario e imperativo, está de hecho sustituyendo los factores de identidad e integración de los elementos del país para moldearlo como pueblo o nación, de manera que tenemos que definirnos como comunidad política refiriéndonos a que constituimos un conglomerado unificado por su sujeción al mismo estatuto constitucional, a una misma normatividad, o sea, adscritos a una ideología, a una concepción de la historia, en síntesis, a una cultura “occidente” a la que pertenecemos querámoslo o no.

Este estudio se dirige igualmente a percibir y describir las enormes transformaciones que ha sufrido el concepto de control de constitucionalidad a lo largo de más de cien años de experiencia.

Quizá lo que vale hacer notar más es el hecho de que ese concepto ha permitido en alto grado su connotación negativa. Ya no se le concibe sólo en el sentido de un control que “impide hacer”, referido a las actuaciones de los poderes y las autoridades públicas para impedir que desconozcan las normas constitucionales, consideradas como el reconocimiento y la garantía de las libertades y los derechos. Y, aunque subsiste en parte ese significado, la verdad es que hoy la gente piensa en el control, en otro sentido.

Tampoco satisface aun la idea de que el objeto del control es asegurar la supremacía e integridad de la Constitución, de las cuales son guardianes los jueces de constitucionalidad, porque en el fondo éstas son cuestiones de carácter casi enteramente formal, sostenida en la artificiosa construcción teórica de “los grados del derecho” o la escala de normas

postulada por Kelsen, y es un juego que se presta más a las triquiñuelas de políticos y tinterillos que a una necesidad real.

No se puede reducir el control, aunque algunos así lo entienden, a una reducción del derecho a un sistema de normas positivas, en el cual todas están referidas a sí mismas, tienen el mismo origen y naturaleza, y excluyen elementos que no pertenecen a lo jurídico propiamente dicho.

No. El control se ha transformado en un mecanismo activo de promoción política de un modelo de Estado: el Estado social de derecho y de protección de los derechos constitucionales fundamentales. Alegando esas dos razones, el juez de constitucionalidad está realizando el auténtico cambio de régimen político y de la normalidad jurídica, por que se ha apropiado del inmenso poder que significa la interpretación exclusiva y dominante del texto constitucional, sintiéndose continuador actual y futuro de las proyecciones implicadas en dicho texto. Intérprete, no simplemente juez ni controlador, con capacidad legislatora y con competencia decisoria sustitutiva, directiva o complementaria de la de los poderes ordinarios.

Aquí estamos frente a una cuestión distinta al viejo control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Lo que se está construyendo es otro régimen jurídico que incide, desde luego, en la estructura y funcionamiento del régimen político.

No se puede declarar impunemente que objeto de la Constitución es establecer un “orden justo” en un país injusto y desigual. Eso es dinamita. La Corte Constitucional está asumiendo el reto y su participación en la iniciativa y dirección de la marcha del Estado indican que no estamos frente a una simple competencia jurídica, sino ante un rotundo poder, revestido de legitimidad y autoridad innegables.

II. EL PROCESO INTEGRADOR DEL CONTROL

El 20 de abril de 2006 la Cámara de Representantes del Congreso Nacional convocó a un foro para analizar la procedencia de acciones de tutela contra sentencias judiciales violatorias, por vía de hecho, de derechos constitucionales fundamentales. Tema que en este momento enfrentaba a la Corte Suprema de Justicia con la Corte Constitucional, ya que la primera afirmaba que los procesos de que conocía en recurso de casación finalizaban con sus decisiones, constitutivas de cosa juzgada intangible,

mientras, por su parte, la Corte Constitucional sostenía que tal acción era procedente contra esas sentencias y cualesquiera otras sentencias judiciales que incurran en tal violación, ya que la jurisdicción constitucional se extiende a todas las situaciones en las cuales sea necesario preservar la supremacía e integridad de la Constitución.

Frente a tal dilema, mi tesis general es ésta: dejemos que la Corte Constitucional desarrolle plenamente y construya el sistema de control implícito en las normas constitucionales vigentes, atendiendo a su propia lógica o dinámica interior, dentro del contexto de una Constitución que se dice garantista, que está destinada a transformar el estado existente en un Estado social de derecho y que, en el orden de la equidad, debe orientar sus decisiones, su jurisprudencia, en el sentido de establecer un orden justo. Sólo así podrá hablarse con propiedad de que ese sistema de control, estable y completo responde a la idea de que la supremacía y la integridad de la Constitución son el eje del proceso constitucional retomado en 1991.

Comencemos con una pregunta para situar la cuestión que debe analizarse ¿Por qué excluir las sentencias judiciales del control de constitucionalidad, siendo éste absoluto, ya que la Constitución no excluye a nadie y a nada de tal control, siendo que no existe norma expresa al respecto?, y anticipemos una respuesta que se sustentará a lo largo de esta exposición y es la de que el control constitucional integral no tiene excepción.

Debatir sobre la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales que, por vías de hecho, hayan violando derechos constitucionales fundamentales, tiene estas exigencias conceptuales y metodológicas:

1. Inscribir esa cuestión en el contexto del proceso de formación e integración de un sistema pleno de control judicial de constitucionalidad, implícito en el nuevo concepto de Constitución definido en ésta misma, pues el control es uno solo.
2. El reconocimiento del esquema conceptual rector de ese sistema, cuya dinámica interna conduce necesariamente a un absolutismo constitucional incontrolado, dada su autonomía y origen directo en la propia Constitución.

Empecemos, para entendernos, por el segundo requerimiento señalando conceptos sustanciales determinantes de la naturaleza y alcances del control:

- a) El control de constitucionalidad es inherente a los regímenes políticos que distinguen entre poder constituyente y poderes constituidos, y entre norma constitucional y ley, inspirados en los principios revolucionarios de la soberanía popular, tan absolutos como eran absolutos los que justificaban el viejo régimen. Control que se necesita para hacer prevalecer la voluntad del constituyente, vertida en el texto jurídico de la Constitución, a cuyas reglas deben someterse las competencias atribuidas a los poderes constituidos. Todo lo cual obedece a la diferencia entre el poder político originario y los poderes derivados del mismo, distinción mítica similar a la sustentada en la Edad Media para distinguir el poder de origen divino de los demás poderes temporales, como si se estuviera haciendo teología política a la manera de Carl Schmit.
- b) Tal control, por lógica, debe ser total, absoluto. Nada ni nadie está exceptuado de su jurisdicción. Puesto que el orden jurídico es autosuficiente y autónomo. No depende ni está en conexión con ningún otro orden normativo que le sirva de referencia, y se basta para resolver los conflictos que surjan en su funcionamiento interno mediante sus propios mecanismos jurídicos, disolventes de toda contradicción acudiendo a la aplicación de una jerarquía de normas que descalifican la validez de las que no guarden armonía con las superiores.
- c) Siendo mandato directo del constituyente, la guarda de la Constitución es más una instancia de legitimación de las actuaciones de los poderes constituidos que un tribunal de soluciones técnicas judiciales, ya que mientras no reciban la refrendación de constitucionalidad expresa dictada por el juez de constitucionalidad son sospechosas de inconstitucionalidad y existe el temor de que puedan ser suprimidas del orden jurídico en cualquier momento.
- d) El guardián de la Constitución para justificar sus decisiones cuando desborde el marco elemental de una interpretación puramente literal, pretenderá revestirlas como actos de pura justicia, equidad o creación del derecho, pues, no es irrelevante que el propósito global del Estado sea el establecimiento de “un orden justo”, en el cual se haga real la igualdad material de toda la población, lo cual viene a respaldar audaces decisiones que parecen adoptarse en un nivel supraconstitucional, o en una situación en que se retrotrajera la Constitución al momento de su surgimiento y fuera el propio constituyente quien estuviera decidiendo.

- e) La Constitución —y este es el dogma que desata el incontenible proceso de transformar el control de poder negativo en poder con fuerza directiva— es la norma de todas las normas en su ámbito jurídico propio, esas normas valen por sí mismas, justifican todas las demás y su sentido no es otro que el que fije su intérprete autorizado. El absolutismo constitucional en que se traduce en la práctica el control de constitucionalidad es, entonces, el resultado natural de esta toma de posición doctrinaria a ideológica, fruto de un normativismo positivista radical que no admite concesiones a otras escuelas o tendencias, porque se considera simultáneamente lo político y jurídicamente correcto.
- f) Una competencia de tal origen, extensión y naturaleza no escapa a la tentación de actuar como un nuevo y superior poder político, desequilibrando la división y separación de poderes según el juego plasmado en la Constitución.
- g) Esa competencia se concreta en la facultad para interpretar la Constitución con efectos vinculantes *erga omnes*, acorde con la cobertura política y jurídica de tal estatuto, y que se reconoce como potestad exclusiva del juez de constitucionalidad.
- h) A manera de síntesis de los conceptos esbozados, el control de constitucionalidad consiste en un mecanismo que anuda y compromete la congruencia entre la teoría del poder constituyente y las teorías del Estado y la Constitución.

De ahí que llevar la norma constitucional hasta sus últimas consecuencias ha sido el espíritu que anima la empresa de construir un Estado social de derecho, modelo que sirve de directriz al desarrollo de la Constitución vigente. Tal espíritu responde exactamente al concepto de Constitución como “norma de todas las normas” en su ámbito de aplicación, idea en la que está implicada la necesidad lógica de hacer universal el control judicial de constitucionalidad, de modo que ninguna manifestación de poder político escape a ese control, esté al margen del mismo o, menos, se afirme como superior a la Constitución. Tendencia de la cual es apenas el último eslabón la acción de tutela contra sentencias judiciales con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El propósito de universalización y plenitud de control viene lejos: de 1886. Entonces, superadas algunas experiencias de control no sistematizado, se instauró un control de constitucionalidad compatible con el prin-

cipio de supremacía de la ley, expresado rotundamente en el artículo 60. de la Ley 153 de 1887, cuyo texto eriza a los constitucionalistas de ahora, olvidando que ese modo de pensar obedecía a la más pura concepción de la soberanía popular, representada por el Congreso Legislador: “Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución”.

Era el control ejercido por el presidente de la República mediante la formulación de objeciones de inconstitucionalidad a los proyectos de ley aprobados por el Congreso, al someterlos a su sanción y promulgación, formulación de efecto relativo, pues, la insistencia del Congreso obligaba al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre la validez de las objeciones y que dejaba intacta la autoridad del legislador, ya que no se ejercía sobre leyes en vigencia sino sobre los proyectos respectivos.

Se diría que ese control naciente era de carácter político más que jurídico y mixto, al dar juego a la intervención de la Corte Suprema de Justicia, y en el que seguramente primaban las consideraciones de conveniencia, oportunidad, utilidad e interés del proyecto evaluado por el presidente, siendo la Constitución un texto lejano, abstracto, que se remitía a la ley para descender al terreno de la realidad y otorgaba por eso a la ley mayor fuerza que a la Constitución. Privilegiaba la seguridad jurídica, la estabilidad de la legislación y la excluía de un control que pudiera enervar sus efectos.

Así nació el control de constitucionalidad. Concebido como un mecanismo preventivo que se consideraba suficiente, en el ambiente de un fuerte régimen presidencialista, y así se creyó impedir la violación de la Constitución porque se consideraba que era la ley la que contenía la voluntad actual del soberano, más que las disposiciones estructurales del Estado vertidas en la Constitución.

El control judicial en ese momento era inaceptable por contrariar la idea de soberanía nacional que fundamentaba la Constitución y por respeto a la separación de poderes.

En 1910 se da el gran salto. Queda establecido el control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, necesidad lógica allí donde se reconocen varios niveles normativos y se les jerarquiza, atribuyéndole supremacía al contenido en la Constitución. Sin embargo, se mantuvo el control presidencial preventivo, que aun hoy subsiste, para resaltar la importancia y sentido que tiene la sanción de las leyes por el propio jefe del Estado.

En 1945 se particulariza el control de constitucionalidad de los actos administrativos y se le radicó en la jurisdicción contenciosa, dividiendo antitécnicamente la jurisdicción constitucional, con el pretexto de distinguir entre la nulidad en sentido estricto y la inconstitucionalidad y sus efectos.

En 1968 se crea la Sala Constitucional para perfeccionar el control ejercido por la Corte Suprema de Justicia. Esa Sala inicia el control sobre los actos legislativos afirmando su competencia, al menos en los aspectos formales, y confirma el control sobre los decretos con fuerza de ley dictados bajo el régimen excepcional del estado de sitio, atendiendo a una reforma introducida en 1961 en tal sentido.

En 1991 se crea una Corte Constitucional autónoma, se regula el control de los tratados públicos, así como el de los llamados “estados de excepción”, y se recoge el control formal sobre las reformas constitucionales. Nace también la acción de tutela para proteger los derechos constitucionales fundamentales y se sostiene la competencia para la viabilidad de esta acción —por vías de hecho— contra decisiones judiciales, a pesar de que la misma Corte había declarado inconstitucional una disposición del estatuto regulador del control que establecía ese control.

Así las cosas, la jurisdicción constitucional conoce hoy de procesos de constitucionalidad contra: los actos legislativos, por vicios de forma, los tratados públicos, los proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad, las leyes, cualquiera que sea su naturaleza, los decretos con fuerza de ley, incluyendo los dictados en los estados de excepción, las demandas de inconstitucionalidad de los actos administrativos por motivos de inconstitucionalidad, y los jueces de todas las jurisdicciones resuelven tutelas por violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales, bajo revisión de la Corte Constitucional y ésta, además, ahora, concede acciones de tutela contra sentencias judiciales de cualquier juez, no importa su jerarquía ni la jurisdicción a que pertenecen, como conectivo a las vías de hecho.

Faltaría en esta enumeración el control de las reformas constitucionales, ya no sólo por vicios de forma, sino también cuando atenten contra la sustancia política de la Constitución, evento ya anunciado como cierto en la sentencia dictada sobre la reforma constitucional que introdujo la reelección presidencial inmediata.

De otro lado, todos los operadores de la ley están obligados a inaplicarla cuando sea contraria a la Constitución, utilizando la llamada vía de excepción.

Asimismo, es obligación de los servidores públicos, de oficio o a petición de parte, revocar directamente las decisiones administrativas contrarias a la Constitución.

No sobra advertir que los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de una ley sólo son cosa juzgada respecto de los cargos analizados en la respectiva decisión y, por tanto, esa circunstancia obsta para que sean admisibles demandas posteriores contra las mismas normas por razones distintas por las alegadas anteriormente, con lo cual se hace difícil consolidar la legitimidad y vigencia de las leyes, ya que no cabe en la jurisprudencia de la Corte la figura denominada “sustracción de materia”.

Está, pues, integrado el control total de constitucionalidad, lo cual permitiría referirnos a tal sistema como un sistema de absolutismo constitucional, sin fisuras ni baches. Por tanto, las sentencias judiciales no podían ser una excepción. Si los jueces son jueces de constitucionalidad cuando conocen de acciones de tutela por violación de derechos constitucionales fundamentales, sin ningún reparo, las demás sentencias que dictan deben ser revisadas por la Corte Constitucional cuando, a su vez, esas decisiones inciden en violación de tales derechos, aunque la materia juzgada sea otra, ejerciendo sobre las mismas el respectivo control por vía de tutela.

Se redondea así el sistema de control, llegado a su plenitud. Abarca las tres ramas del poder público, complementado por el control que corresponde a los jueces contenciosos y al presidente de la República.

Recuérdese, igualmente, que la tutela también puede ejercerse contra particulares colocados en situaciones en que pueden abusar de su posición dominante o de las funciones que ejercen.

No debe olvidarse tampoco que los ciudadanos participan activamente en el control de constitucionalidad. Tienen abierta la iniciativa para demandar en cualquier tiempo, mediante acción pública las leyes en vigencia por motivos de inconstitucionalidad, y esa acción es uno de los derechos políticos fundamentales que reconoce la Constitución, lo cual permite afirmar que el control de constitucionalidad recae al mismo tiempo en los jueces y en los ciudadanos, igualmente comprometidos con su suprema-

cía, integridad y desarrollo actual de lo que entienden estar contenido expresa o tácitamente en su articulado.

La conclusión de este proceso es obvia: hemos instaurado un control político del poder político, bajo la apariencia de judicialización de los conflictos de constitucionalidad.

En consecuencia, donde quiera que se plantee una cuestión de constitucionalidad procede la utilización del control. Pues, donde se distingue entre Constitución y ley es fatal el control y es necesariamente lógico ejercerlo sin excepción alguna. La excepción no tendría cómo justificarse. Ni la seguridad democrática, ni el orden público interno, ni la situación económica, ni las relaciones internacionales, ni la cosa juzgada, pueden oponerse al ejercicio de un control que tiene su propia razón de ser en la misma Constitución.

Luego, ninguna instancia, jurisdicción, competencia, puede violar la Constitución sin que sus actos carezcan de validez y la pueden perder por decisión judicial.

Donde la Constitución no es una decisión política cuyo desarrollo gradual se confía al legislador sin los jueces de constitucionalidad los llamados a fijar el sentido de sus disposiciones para abrirles camino a su realización concreta.

Ése es el que me atrevo a llamar Estado de seguridad jurídica, en el cual nada está por fuera de la Constitución y nada está contra la Constitución, en el cual la Constitución no incluyó expresamente nada del control de constitucionalidad.

Desde luego, la tutela contra decisiones judiciales tiene que tener un carácter excepcional, restringido, para no convertir nuestro sistema judicial en un infernal laberinto del que nadie puede salir revestido de justicia. Así, afortunadamente, lo ha establecido en varias sentencias la Corte Constitucional, precisando científicamente los hechos y circunstancias constitutivos de vías de hecho, en guarda simultánea de la integridad y supremacía de la Constitución, pero también de la seguridad jurídica. A este respecto basta con leer la sentencia T-1075 del 21 de octubre de 2005, en la cual se deslindan con toda nitidez las áreas propias de la función judicial ordinaria, incluida la casación, y el ejercicio de la jurisdicción constitucional, demostrando que ésta no es una querrela de supremacías entre jueces, sino la definición de competencias que no pueden entrar en conflicto ya que cada una tiene su propio ámbito y naturaleza.

Pero, para no mitificar el control, hay que advertir que no se trata del “control por el control”. Eso no tendría sentido. El control sólo se justifica por que significa la garantía de los derechos, las libertades y las instituciones políticas.

De donde se puede concluir que la importancia del control no reside en el control mismo, sino en su objeto. Y ese control, por tal objeto, deviene en función política trascendental, en torno al cual se construye el Estado como Estado de seguridad jurídica total: se ha eliminado cualquier vestigio de poder discrecional y el poder se tiene que plegar enteramente al derecho. Hemos realizado el viejo ideal del liberalismo político.

El control de constitucionalidad y la Constitución son coextensos; aquél va hasta donde va la Constitución. Ésa es la extensión del control. Por tanto, son dos falsos problemas los que plantean quienes llaman a las controversias entre la Corte Constitucional y otras instancias con lenguaje no apropiado “un choque de trenes”, porque tal choque no puede producirse dada la prevalencia del control de constitucionalidad sobre cualquier jurisdicción constitucional, y el de quienes hablan de que la extensión y firmeza que la jurisprudencia ha dado al control de constitucionalidad es un “gobierno de los jueces”, porque de lo que se trata en verdad es del predominio del derecho, expresado en las interpretaciones de los jueces de constitucionalidad.

Hay algunas situaciones que merecen análisis detenido. Me refiero, en el primer lugar, a la autorización constitucional para aplicar el derecho de las etnias en sus propios territorios, lo que parecería introducir una distorsión en la universalidad del régimen constitucional, cuestión que quedó aclarada en la propia Constitución al darle por marco a esa situación particular la estructura de la normatividad constitucional.

No es problemática tampoco la existencia de estados de excepción al interior del régimen constitucional —guerra internacional, conmoción interior, emergencia económica, social y ecológica— puesto que las normas pertinentes no las excluyen de la subordinación al régimen constitucional ordinario, y tal vez, la única incongruencia estaría en ordenar la vigencia del derecho internacional humanitario, parejamente con la Constitución, lo cual contradice su plenitud y universalidad.

Donde la cuestión resulta bien compleja es en el análisis del movimiento guerrillero y los procesos de desmovilización de algunos grupos armados.

III. NATURALEZA DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD (LA ÚLTIMA PALABRA)

Hay quienes han sostenido que el proceso de constitucionalidad es un procedimiento judicial, equivalente a los que se utilizan en los litigios propiamente dichos, y que ese aspecto técnico lo convierte en una instancia políticamente neutral. Tratan así de encubrir la realidad que desquicia los lugares comunes sobre el control de constitucionalidad, como si fuera un simple mecanismo cuyos resultados se evaluaran exclusivamente en el plano jurídico.

No es así en estos procesos no hay litigio ni litigante, si existiera una controversia judicial en sentido propio habría partes y lo lógico sería que el congreso y el gobierno contestaran la demanda para defender la constitucionalidad de las leyes y los decretos involucrados en uno de estos procedimientos.

Pero no es así. En este procedimiento intervienen, de una parte, el ciudadano demandante y de otra el ministerio público, por intermedio del procurador general de la Nación, quien debe rendir obligatoriamente un concepto en el que se evalúa la demanda, pero no se controvierten las argumentaciones de la misma. De lo que se trata es de que la sociedad haga presencia en tal proceso mediante la intervención de su vocero institucional, esté o no de acuerdo con lo sostenido en la demanda, y sólo para oír una opinión que refleje el interés público que envuelve la cuestión planteada. Pero no deja de ser desacertada esa obligatoria intervención, pues, la sociedad no es el sujeto de la relación política y debería ser un vocero de la nación o del pueblo, es decir, un agente de lo público quien debiera realizar esta intervención.

Es cierto que también pueden intervenir en este procedimiento, espontáneamente, los ciudadanos que quieran impugnar la demanda o respaldarla, pero la confrontación de ideas y argumentos que formulen no constituye el centro de la discusión y esas intervenciones marginales, por así decirlo no puede desplazar o modificar el objeto de la decisión que se busca.

En realidad, los pronunciamientos de los jueces de constitucionalidad son algo enteramente distintos de las sentencias judiciales ordinarias son decisiones que se producen en el plano normativo abstracto. Son puros conflictos de normas. No resuelven pretensiones encontradas entre dos partes que sostienen intereses particulares. Lo que definen es una cues-

tión de interés público, mejor, apolítico, como es la de definir si una norma vigente puede continuar siendo aplicada o no, en vista de su dudosa compatibilidad con la norma superior, esto se resuelve sobre la validez de la ley y su consecuente vigencia. Y, con toda evidencia este debate no es un negocio particular, sino que atañe a todo el orden jurídico institucional y, por eso, resulta de importancia política. Es una discusión que debería adelantarse en el más alto nivel del Estado, entre los poderes gobernantes con iniciativa decisoria en el campo jurídico y político, con la asistencia de los custodios de la Constitución.

Sin embargo, este asunto, hay que precisarlo, no implica un problema de jerarquía de poderes ni de personas, sino de normas, pero no exclusivamente de normas, porque el control y sus decisiones son una cuestión política.

Y es de tal naturaleza esta cuestión porque no se reduce a un problema de forma, o de materia, o de competencia, sino de legitimidad sustancial de instituciones.

El juez de constitucionalidad no está frente a un problema que requiera una decisión judicial técnica, sino que está constreñido, por la naturaleza de las cosas a adoptar una decisión en que no todo lo decidido deriva directamente de la norma bajo examen, pues, contiene necesariamente ejercicio de poder no reglado en la norma misma. En concreto vive, en cada caso que debe resolver, el dilema expresado en el pensamiento de dos autores ingleses padres de las escuelas que contienden por el poder político desde el siglo XVII.

De un lado, Thomas Hobbes, quien afirmó que “voluntas, non ratio, facit just”, reconociendo la irresistible fuerza fáctica del poder y John Locke contradiciéndolo al decir: “The law gives authrity”.

Confrontación en que, a mi juicio, es ganador Hobbes, porque en el examen de validez de la ley y en la decisión respectiva la sentencia no emana totalmente de la norma, de su vigencia objetiva personal como pretende Locke, sino que la decisión misma resulta de la valoración de intereses, no regulada por la norma que hace el juez de constitucionalidad para mantener vigente una ley o para ordenar su inaplicabilidad en el futuro. Esa valoración de intereses, que forzosamente es subjetiva, es la esencia de la decisión de constitucionalidad en concreto ya que en la norma constitucional de vigencia abstracta es imposible prever la circunstancia particular en que debe producirse la decisión.

Y esto es político, pura política, decisión no reglada, de la discreción del juez, ya que lo que la sentencia decreta y ordena, fuera de la cuestión puntual que decide es una decisión legitimadora del régimen político, al confirmar la viabilidad y secuencia de las formas institucionales vigentes.

La cuestión que se viene analizando se hace más clara al advertir que en las sentencias que ponen término al procedimiento de constitucionalidad sobre leyes no deducen responsabilidad alguna para los autores de las normas declaradas inconstitucionales, si fuera una cuestión de carácter estrictamente jurídico, como en todo litigio se establecerían derechos y obligaciones, o sea, de alguna manera se determinarían responsabilidades. Pero, no. No importa quiénes fueron los iniciadores, promotores y congresistas que participaron en la deliberación del proyecto de ley y lo aprobaron. Y, no obstante, se trata de una violación de la Constitución, que es lo que a la postre implica una declaración de inconstitucionalidad de la ley, lo cual se puede repetir respecto de los decretos del gobierno que sean juzgados y declarados inconstitucionales.

Diría uno que el autor de la ley es el anónimo en el caso del congreso, lo cual no es enteramente cierto, ya que existen en la historia de la ley todas las constancias que verifican las actuaciones de los congresistas en el proceso legislativo, lo que es más cierto cuando se trata de actuaciones de gobierno, luego, la cuestión es otra: la de que el poder de iniciativa atribuido al congreso, en el caso de las leyes y al gobierno cuando dicta decretos con fuerza de ley, es un poder político, discrecional en cuanto a la manera de desarrollar y aplicar las normas constitucionales, del que sólo queda la dolorosa frustración de los propósitos queridos por quienes concibieron las normas declaradas inconstitucionales, amparados por la buena fe que se presume en sus acciones o, más bien que aquí prevalece el criterio político sobre el jurídico, a pesar de que en el Estado de derecho se aspire a que nada pueda ser contrario a la Constitución.

Sin que por estas consideraciones podamos asimilar el control que ejercen los jueces de constitucionalidad con el control político que el congreso y otras corporaciones públicas ejercen sobre el gobierno y la administración, cuyos criterios son los de oportunidad, conveniencia, utilidad, eficiencia, todos ajenos al control de aquellos jueces donde es la comparación entre normas de distinto rango lo que prevalece en su juicio.

Inicialmente, el control restringido al puro ámbito judicial y con el único efecto de confirmar la validez de la ley o de retirársela declarándola inaplicable, que es el efecto previsto en la Constitución para la cosa

juzgada constitucional y la consecuente prohibición de reproducirla el aspecto decisorio de estos fallos no aparecía.

Hoy, no porque la jurisdicción constitucional ha ido más allá. Ha desbordado el poder atribuido por la Constitución a los jueces de constitucionalidad y se ha apropiado, en su jurisprudencia de poderes que exceden “los términos exactos” en los cuales debe producir sus fallos. Su carácter definitivo, expreso en la Constitución, se ha reforzado al hacer casi imposible la obtención de una declaración de nulidad de cualquiera de sus sentencias y con la inexistencia de todo control, hecha la salvedad del atribuido al congreso, jamás ensayado.

Pero lo realmente nuevo es la práctica de ejercer poderes que, en expresiones de su jurisprudencia permiten “modular” las sentencias, lo cual es equivalente a sacarlas de los estrechos límites de una simple declaración de exequibilidad o inexecutable, que era el preciso límite a que se atenía el control anterior a 1991. Esto, junto a la atrevida incorporación es una esfera jurisdiccional de actos y situaciones no previstos antes de en ella, como, al lado de las leyes que las aprueban la revisión de los tratados públicos mismos y la de reformas constitucionales por vicios sustanciales muestran que la jurisdicción constitucional se está recreando así misma y, con ello, transfigurando su poder de control en algo más.

Variar los efectos tradicionales de las sentencias, siguiendo modelos extranjeros, es toda una revolución. Por ejemplo, dar efecto retroactivo a su decisión es un vuelco total en esta materia.

El punto de partida

El sistema de control de constitucionalidad del régimen organizado en 1886 tenía por objetivo la entrega jurídica, la estabilidad de las reglas del juego en el comercio de derecho y obligaciones. Estaba montada sobre una concepción conservadora, mantenedora del statu quo, de lo existente, para darle continuidad y seguridad jurídica a los gobernados, en un proceso de institucionalización política que se podría denominar mejor que “Estado de derecho”, Estado de seguridad jurídica, asentada más en la praxis que en la ideología.

Puede afirmarse que corresponde bien a un momento triunfal del historicismo, del tradicionalismo enfrentado a la penetración de la modernidad, expresada en los movimientos del liberalismo radical y descoloniza-

ción definitiva iniciadas a mediados del siglo XIX, plasmados en la Constitución de 1863.

Son estas las principales bases de aquel régimen institucional:

1) La presunción de constitucionalidad de la ley que la rige “aunque parezca contraria a la Constitución” y que sólo pierde vigencia por su derogatoria. Desde luego, la ley únicamente es modificable por otra ley. La legislación es un bloque de normas codificadas en cada una de sus áreas, formulación exhaustiva, que agota cada materia y no es susceptible de reglamentaciones gubernamentales. Campo, el de la legislación privativo, reservado, exclusivo del congreso, sobre el cual no cabe el otorgamiento de facultades extraordinarias al gobierno, pues la delegación legislativa transitoria y estricta es excepcional y se aplica, nada más, en situaciones en las que “la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje”, esto es, no en circunstancias ordinarias.

2) Refuerza la concentración del Poder Legislativo que, concebido así, es un verdadero y real poder político soberano, el principio de que las leyes sólo son derogables por el propio legislador, el de que su interpretación “por vía de autoridad” es propia del legislador, la cual no puede expresarse, sino por medio de otras leyes, o sea, legislando para fijar el sentido y alcances de lo legislativo, sin intromisión alguna, en una rígida separación de poderes, mecanismo tomado del constitucionalismo norteamericano orientador de nuestro presidencialismo.

3) En esa línea ideológica, el examen de constitucionalidad no debe recaer sino sobre los proyectos de ley aprobados por el Congreso, cuando el presidente de la República asume la responsabilidad de su sanción y promulgación, con la obligación de vetar las que juzgue contrarias a la Constitución, actuación que no afecta la validez de la ley misma, pues, en ese momento todavía no es ley, no está en vigencia, respetando así la autonomía del congreso, frente al cual el jefe de Estado es el guardián de la integridad constitucional, dentro de su sistema de supremacía legislativa e intangibilidad de la ley, contentiva de las reglas de juego en el mercado jurídico.

4) Más clara y rotunda es la prohibición dirigida a todos los operadores de la ley para que, “cuando la letra de la ley es clara”, no se la interpretara” su pretexto de escrutar su espíritu. Es decir, en pocas palabras: los jueces, al aplicar la ley, son simplemente sus ejecutores —que es el carácter que tienen en la teoría de la división y separación de poderes de

Montesquieu—, junto al gobierno, siendo su función la de servir como “la boca de la ley”, no sus intérpretes. Se piensa que quien aplica la ley, no puede restarle fuerza de aplicación, ejecutoriedad, ejecutividad, modificando sus alcances, sea moderándolos o ampliándolos ni menos alterando su contenido o desvirtuando su sentido. La ley es la ley a secas, que debe regir tal cual, como lo dice su texto, aplicada al pie de letra, con autoridad y efectos de cosa juzgada.

Para el juez la ley es así, no importa la medida en que haga justicia, y es unívoca, no susceptible de varias alternativas de aplicación, libradas a la decisión del juez porque el legislador agotó en ella su poder normativo y los jueces no están investidos de ninguna competencia colegisladora.

5) A consolidar este pensamiento concurre la ley reguladora de la aplicación de la ley 3... que “tres sentencias en el mismo sentido «apenas» constituyen doctrina legal mas probable”. Doctrina que no obliga, que no es jurisprudencia, que no constituye antecedente judicial vinculante para los jueces, pues, no tiene más fuerza que la de un criterio auxiliar de la aplicación de la ley. En esa atmósfera es impensable hablar, como hoy, de “el derecho de los jueces”, “el juez legislador” y, no de lejos, de un gobierno de los jueces, en el sentido político de los conceptos.

En los Estados Unidos el debate nacional sobre la limitación temporal de la vigencia de las leyes a veinte años, para que cada generación tuviera derecho al cambio de las reglas de juego, o sea, a la actualización de las leyes, fueron resueltas sabiamente en el sentido de preferir la continuidad, la tradición.

Esa tradición aporta confianza en el régimen, lo legitima, respeta la legítima confianza de los ciudadanos en el ejercicio libre y seguro de sus libertades y sus derechos, igual pensamos nosotros en 1886. Y nos sujetamos —por un verdadero garantismo, el de la 6— a una rígida separación entre los poderes Legislativo y Judicial que aportaba seguridad jurídica —legítima confianza— y profundización institucional. No hubo entonces, como ahora necesidad de dictar una “ley de seguridad jurídica”, para garantizar el mantenimiento de situación jurídica —*rebus sic stantibus*— existente al momento de elaborar ciertos contratos, especialmente, los de los inversionistas, para librarlos de sorpresas por el cambio de las reglas de juego durante la ejecución del contrato.

6) Nada más lógico en un sistema como éste que la implantación de un control judicial de legalidad sobre los actos de gobierno y la adminis-

tración pública —la rama ejecutiva del poder—, para imponer la supremacía de la ley. La jurisdicción contenciosa administrativa es la encargada de esa tarea. Sin evaluación de constitucionalidad de los actos administrativos, en razón de que no se acepta, dada la jerarquía normativa rígida, que pueda haber violación directa de la Constitución por actos administrativos. Considerando suficiente para la pureza del orden jurídico el control de legalidad, puesto que la ley se reputa constitucional y su conformidad con ella implica, necesariamente, su armonía con la Constitución.

7) Importa, en cambio, el control político del presidente sobre la ley. Su conveniencia, su oportunidad, su necesidad son las cuestiones que se deben considerar para tener una legislación útil, eficaz, justa. Es una apreciación discrecional —política— y, por ello, en caso de rechazo de las objeciones presidenciales prevalece la opinión del Congreso. Éste es un organismo de elección popular, en parte directa, y significa en una república unitaria “la representación nacional”, la corporación que “representa a la nación entera” en la que “reside esencial y exclusivamente la soberanía”, de la que “emana el poder político” consultando únicamente la justicia y el bien común”.

Constatación ideológica congruente, sólida, apropiada para realizar el proyecto de unidad nacional, que es el soporte histórico y sociológico del Estado y su ordenamiento jurídico.

Venimos, pues, de lejos. De la experiencia nacionalista de 1886 antecedida por el famoso “se obedece pero no se cumple”, fórmula sagaz mediante la cual los cabildos coloniales dejaban vigentes, pero sin eficacia las ordenes del rey, para defender sus intereses de clase, sus “derechos adquiridos” —los de “la fronda aristocrática, no los del pueblo”— frente a la monarquía, protegidas además por la real aristocracia.

Hasta llegar a la República de la soberanía popular y el Estado social de derecho y la primacía de la Constitución y los derechos que reconoce y garantiza.

Estamos cerrando el ciclo: del no control al control total.

8) Es ésta una fase del proceso de iniciación y formación del control en que, sin dudas, se reconoce una constitucionalidad implícita de las leyes. Nacen a la vida jurídica como normas exentas de cualquier inicio formal o de fondo, abroqueladas contra cualquier intento de impedir su vigencia. Resulta absurdo pensar en la inaplicación de la ley, de oficio o

a solicitud de parte. Tal amago sería subversivo. Impensable, por tanto, plantear la excepción de inconstitucionalidad como un deber o una alternativa de los operadores del derecho para ejercer esa especie de control constitucional.

De donde ni acciones ni excepciones en detrimento de la vigencia y ejecutoriedad de la ley. Política que es refrendada, por otra parte, con la regla legal de que nadie, en ninguna circunstancia, puede alegar “el desuso de la ley para su inobservancia”. De otro modo; nadie puede exculparse del incumplimiento de ley aduciendo que es obsoleta, que casi está olvidada, que su aplicación es infrecuente o rara. Mientras siga informalmente en vigencia, cualquiera puede invocarla en su favor y la autoridad está obligada a hacerla cumplir.

En consecuencia, hay que repetirlo, sólo el propio legislador, mediante una ley, da muerte a la ley derogándola.

9) El tema de la justicia, de la justicia absoluta no formaba parte de las cuestiones controvertidas en los litigios de ese tiempo. El litigio tenía el límite irrompible de ley. Ahí estaba ya decidida la cuestión y la fórmula legal que la contenía era la aplicada por el juez, sin más elucubraciones translegales o superlegales. Se entendía que el legislador había comentado la equidad, la justeza de la norma que iba a dictar... En verdad, el juez no decidía, como se dice ahora, pues, no había derecho alternativo... 2. De manera que la carga ideológica, explícita o no en la ley, era la contenida en ésta y no en la sabiduría del juez. Del juez que “hace” justicia al aplicar la ley.

10) La Constitución es una decisión política para fundar el poder del Estado y distribuir su ejercicio. Para seguir a Schmitt, quien, obviamente, no fue inspirador del constituyente colombiano de 1886, es la decisión de soberano sobre el ser —la existencia real del Estado y el modo de ser metodológico, político fáctico— del Estado, cuya declaración principal enmarca la actuación de los poderes constituidos.

Así pensaba la Asamblea Nacional Constituyente de 1886. Su pronunciamiento se inicia con el enunciado fáctico de que “la Nación Colombiana se reconstituye como República unitaria”, seguida de la dogmática manifestación de que “la soberanía radica en la nación”. Sé “... 5 de hechos y de decisiones... 6 al normativismo de 1991”. De ahí la centralización del poder encargado de afianzar la unidad nacional, enmarcada entre los propósitos políticos de esa Constitución. El poder queda encuadrado así en la Constitución —estatuto de la legitimidad, no de la legalidad—,

ámbito más que de una orden jurídica pública material o extensiva, afianzando autoritariamente con las instituciones preventivas y represivas de la legalidad nacional —el estado de sitio— que no es sólo una excepción al régimen legal ordinario, sí una normatividad transitoria, pero superior a la ley común sobre la cual prevalece en tiempos de anormalidad pudiendo desplazarla y supeditarla, como los derechos y libertades incompatibles con la situación de desorden.

Es natural que las medidas extraordinarias del estado de sitio —en tanto podían suspender la vigencia de las leyes de paz— escapaban a todo control.

En una Constitución en que prima la preocupación a ofender la legitimación sobre la libertad y los derechos, no cabe control de constitucionalidad ni sobre la ley ni sobre las disposiciones de estado de sitio.

Ése fue el punto de partida. Empezando a funcionar en 1910 para ir implantando el modelo del constitucionalismo liberal, hasta llegar al de democracia, un Estado de derecho y justicia social, en donde la razón de Estado, aunque nunca se puede descartar, sea insólita, en los casos en que alguien tiene que decidir para evitar la caída del régimen político.

11) Sin contar con la versatilidad de los impredecibles jueces de constitucionalidad de ese tiempo, que han convertido la Constitución en una inagotable caja de sorpresas de la que salen las más insólitas decisiones, los gobiernos de entonces tomaron el fácil atajo del reformismo constitucional a la carta, a la medida. Y, en la primera década del siglo XX asambleas constituyentes de bolsillo introdujeron en la Constitución modificaciones de coyuntura las más y, otras, por cierto escasas, de apertura del régimen hegemónico, a fin de dar juego a fuerzas políticas reprimidas que amenazaban con repetir las hazañas de las guerras civiles del 1885, 1896, y de la de “los mil días”.

No era posible, a falta de un dispositivo que permitiera abrir senderos por la vía jurisprudencial, que la de un sistemático y estratégico reformismo para estabilizar el régimen ganándole gobernabilidad.

12) No faltaron tampoco, dentro de un sistema tan cerrado, las forzosas leyes de amnistía e indulto, con las cuales se buscaba la pacificación del país, reinsertando a la vida civil a quienes se habían levantado contra la legitimidad, generalmente antecedidos de negociaciones y suscripción de actos entre las fuerzas legítimas y las subversivas, que ponían al margen el texto constitucional y flexibilizaban su tendencia autoritaria.

Era ésta una modalidad de ajustar a la realidad el régimen constitucional por mecanismos políticos de emergencia, en ausencia de un acervo de jurisprudencia que hubiera acumulado experiencias que sirvieran de antecedentes o precedentes para ir salvando los escollos en el mantenimiento de la tranquilidad pública, sin sobresaltos ni utilización de leyes excepcionales.