

Influencia de Kelsen en el actual sistema colombiano de control jurisdiccional de la Constitución

INTRODUCCIÓN

Cuando menos a partir de la segunda posguerra mundial, la consolidación del Estado democrático de Derecho pasa por la conformación de Tribunales o Cortes Constitucionales, que garanticen la supremacía de la Constitución, el respeto a la legalidad, la preservación y garantía de los derechos fundamentales y la limitación de los abusos o extralimitaciones de los diferentes órganos del poder público.

La mejor prueba de ello la suministra el hecho de que una de las notas distintivas de la transición entre gobiernos dictatoriales o autoritarios y regímenes democráticos, como abundantemente lo documentan las Constituciones de los últimos cincuenta años, ha sido, junto con el establecimiento de una adecuada justicia administrativa, la creación de tal tipo de tribunales o cortes.

Después de los ensayos efímeros de la segunda y tercera década del siglo, protagonizados por la Constitución alemana de Weimar (1919), y la de Austria (1920), abruptamente interrumpidos por la emergencia del totalitarismo, los países europeos, en especial los que se veían obligados a la restauración de sus ordenamientos jurídicos, gravemente pervertidos por las dictaduras, procedieron a incorporar en sus Leyes Fun-

damentales este nuevo tipo de organización del control constitucional.

No es una coincidencia gratuita, el hecho de que de las ruinas de las dictaduras burocráticas impuestas desde 1945 hasta 1989 por el estalinismo en Europa, surgieran también en los estados deseosos de crear condiciones favorables a la implantación de sistemas democráticos, las iniciativas a favor de la institución de tribunales o cortes constitucionales.

En general se ha adoptado en los casos mencionados el llamado “modelo europeo”, cuya paternidad es abiertamente reconocida al eminente jurista austro-norteamericano Hans Kelsen.

Pero su influencia, como me propongo demostrarlo en este trabajo, no se limitó al viejo Continente, sino se extendió a otras partes del mundo, y en el caso que nos interesa, también a Colombia, al acoger un nuevo sistema de control constitucional en la Carta de 1991, hoy vigente. Esto de ninguna manera demerita la larga tradición colombiana en esta materia, sino señala un notable progreso, que a pesar de las manifestaciones iniciales de escepticismo y la resistencia y desconfianza que acompañan todo cambio, se ha hecho palpable por la labor de la Corte en su función esencial de guardián de la Constitución.

He creído por ello indicado, al presentar el trabajo reglamentario para el ingreso a esta ilustre Academia, ocuparme de ese tema en algunos de sus aspectos más salientes.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL SISTEMA COLOMBIANO

Descontados los atisbos de control jurisdiccional de la Constitución, que pueden apreciarse desde la Carta de 1853, es ampliamente reconocido que sólo a partir de la reforma de 1910 tiene nuestro país un verdadero sistema de control constitucional¹.

Ello se explica por el movimiento republicano de liberales y conservadores que se propuso perfeccionar las instituciones del Estado de Derecho, luego del derrocamiento de la dictadura de Rafael Reyes. Al establecer la supremacía de la Constitución, se garantizaban los derechos políticos y civiles allí consagrados. No se pensaba todavía en los derechos sociales, que habrían de fijarse en la reforma de 1936, ni menos en la ampliación a otras categorías de derechos, como se hizo en la Constitución de 1991.

El artículo 41 del Acto Legislativo N° 3 de 1910 dijo: «A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la Constitución.

«En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

«Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación»².

En ese mismo Acto Legislativo se incluyó la acción de excepción de inconstitucionalidad:

«En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales».

La reforma de 1936 no modificó estas normas, mientras la enmienda de 1945, como lo observa el profesor Copete Lizarralde, introdujo saludable reforma, pues «conservando intacta la esencia “del control constitucional”, definió un problema de competencia entre la Corte y el Consejo de Estado, señalando taxativamente cuáles son los actos sometidos a la jurisdicción de la primera»³.

Así se dijo:

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

«Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes y los decretos dictados por el gobierno en uso de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11,12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano».

En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación.

El control de las normas en el sistema colombiano se distingue por adoptar las dos vías de impugnación de la ley, la una directa que persigue su anulación, es decir, tiene carácter general, y la otra indirecta, que busca su no aplicación por el juez, o sea de carácter individual, también conocida como derecho de examen.

La reforma de 1968, la última antes de la expedición de la nueva Carta, mantuvo en sus líneas generales la institución, introduciéndole modificaciones sin duda acertadas, pero sin atreverse a un cambio más a fondo, como el propuesto por el profesor Carlos Restrepo Piedrahita sobre creación de la Corte Constitucional. Antes de tocar este tema, resumiré los principales puntos de esas modificaciones:

a) Al determinar que será facultad de la Corte «decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de *procedimiento en su formación*», definió una vieja controversia sobre la capacidad de la Corte para fallar demandas relativas a puntos procedimentales diferentes a los contenidos en las disposiciones sobre “formación de las leyes” del Título VII de la Constitución entonces vigente.

A medio camino de la propuesta original, se estableció una Sala Constitucional para el estudio previo de las demandas, pero dejando naturalmente la decisión a la Sala Plena. No en pocos casos los especialistas en derecho público debieron ceder ante la mayoría de los magistrados de otras especializaciones.

Otro defecto, que aún perdura, fue el de mantener la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en el conocimiento de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sea de los expedidos en el ejercicio de las facultades de que trataban los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución

Se continuó con el *control difuso*, llamado así por contraposición al control concentrado, que confiere sólo a un tribunal la guarda de la Constitución, evitando de

esa manera contradicciones entre dos altas instancias de la jurisdicción. Tratadistas como los profesores Carlos Restrepo Piedrahita y Mauro Cappelletti criticaron severamente ese defecto. Este último concluía que de la aplicación del sistema difuso en Colombia podrá llegarse a «resultados extremadamente peligrosos, desembocar en una grave situación de incertidumbre del derecho, perjudicial tanto para los individuos como para la colectividad, e inclusive para el Estado»⁴.

Otro tema en el que no hubo avance fue el de la manera de integrar la Corte, al perdurar el antidemocrático sistema de la cooptación, instaurado por el plebiscito de diciembre de 1957, de conformidad con los decretos legislativos 0247 de 4 de octubre de 1957 y 0251 de 9 de octubre del mismo año, estimulando la creación de una oligarquía judicial inamovible.

Tanto la iniciativa de establecer la Corte Constitucional con funciones ampliadas como la del control previo de los tratados públicos, fueron descartadas en la segunda vuelta por el ponente Vásquez Vélez, con los argumentos de «ser contraria a la tradición jurídica colombiana», la primera, y ser «inconveniente» la segunda⁵. Se necesitaría casi un cuarto de siglo para poder superar la barrera de prejuicios que se aferra siempre al pasado y cierra el paso a los cambios.

En su ponencia para segundo debate de primera vuelta, decía sobre el particular Restrepo Piedrahita: «La creación de la Corte Constitucional es uno de los mejores aportes de la Comisión al proyecto. Con esta nueva institución alcanzará el Derecho Público nacional el más alto grado de racionalización de nuestro Estado de Derecho Judicial, cuya evolución moderna se inicia en la Ley 2ª de 1904 y en el Acto Legislativo N° 3 de 1910. Se alinearán así

el Estado colombiano en la primera fila con los otros Estados modernos que han perfeccionado y estilizado la función del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y actos del Gobierno». Y más adelante agregaba: «El establecimiento de la Corte Constitucional y la fijación de precisos y cortos plazos para que se pronuncie sobre las objeciones presidenciales, o sobre los decretos extraordinarios y decretos-leyes de emergencia económica, o sobre las acciones públicas en general, o sobre los tratados o las objeciones de los Gobernadores a las ordenanzas y acuerdos, representa un avance muy notable en la racionalización del Estado y en la efectiva garantía de la supremacía constitucional. No podrá volver a repetirse la anómala situación prevaleciente hoy de que las acciones de constitucionalidad carecen de eficacia porque el órgano competente, por causas múltiples se inhibe de facto para decidir las. El mecanismo del control jurisdiccional ha quedado vigorosamente fortalecido en las disposiciones del proyecto, una de las cuales y no la de menor importancia, es la fuerza vinculatoria que para el Congreso se le asigna a las leyes normativas»⁶. Pero, seguramente presintiendo la suerte final de la enmienda, añadía: «Decía Sir Henry Maine que las sociedades estáticas o retrasadas se diferencian de las dinámicas o desarrolladas en la resistencia que despliegan para oponerse a las innovaciones y en la consiguiente fuerza con que se obstinan en mantenerse ancladas en instituciones obsoletas. Y Harold Laski agrega, que los mayores triunfos y descubrimientos de la civilización occidental los debe a que sus hombres más representativos tuvieron siempre el valor de enfrentarse a unas “verdades tenidas hasta entonces por axiomáticas”»⁷.

DIFERENTES SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

La Ciencia del Derecho utiliza la expresión “Guardián de la Constitución” para garantizar la jurisdicción constitucional, es decir un tipo de organización judicial encargada de asegurar su primacía ante el poder del Estado y de la sociedad mediante instrumentos jurídicos. «Una jurisdicción que se encuentra en una relación especial con la Constitución de un Estado», nos indica Felix Ermacora⁸.

Esa expresión de “Guardián de la Constitución” muestra la importancia que se le atribuye a esta institución jurídica.

Sabemos que la idea de que pudiese haber un Juez de la Constitución no fue siempre aceptada, y que países como Francia se resistieron a ella hasta después de la segunda Guerra Mundial, cuando se ampliaron las funciones del Consejo Constitucional previsto por la Constitución de la V República⁹. Así explica Carré de Malberg la posición tradicional: «La ausencia de modo de ataque o de posibilidad de oposición contra los actos legislativos tiene una causa mucho más profunda. Se relaciona con el sistema de la Constitución actual de Francia, por cuanto ésta, al investir al Parlamento no sólo de potestad legislativa, sino también de potestad constituyente, lo ha convertido, en realidad, en el órgano supremo del Estado. Por ese mismo motivo se hacía imposible yuxtaponer a las Cámaras una autoridad encargada de juzgar sus actos. Ello hubiera sido comprometer la unidad estatal, la unidad de voluntad y de potestad del Estado»¹⁰.

Esta doctrina política que radicaba en un solo órgano la soberanía de la nación ha sido superada no sólo por el necesario equilibrio entre los distintos órganos del Estado, sino principalmente por la idea de

la supremacía de la Constitución, que es de donde se deriva realmente la función de control constitucional. Este debe entrañar también una garantía frente al Legislador¹¹.

Aquí se trata es de hacer una presentación sucinta de los distintos sistemas o, para utilizar la designación de Ermacora, las distintas etapas en el sistema de jurisdicción constitucional.

1. El control judicial de la Constitución no fue estatuido por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Se trata de la más antigua Constitución escrita del mundo, promulgada el 17 de septiembre de 1787, y no era previsible que atribuyera esa función a la Corte Suprema. Fue una invención jurisprudencial, y ese no es el menor de sus méritos.

Karl Loewestein nos lo explica así: «...La competencia judicial para comprobar la constitucionalidad de la legislación emitida por el Congreso apareció en la joven república durante el primer cuarto del siglo XIX, y fue una consecuencia de los esfuerzos del *chief justice* John Marshall para extender la jurisdicción federal. Los jueces se convirtieron de esta manera en un verdadero tercer poder; fenómeno éste sin precedente histórico, si se prescinde de los casos paralelos alguna vez aducidos, pero en absoluto equiparables, como son los *graphae paranomon* de la democracia ateniense, los fueros de la última época de la sociedad feudal de España (Aragón y Navarra) y el *droit d'enregistrement* de los *parlements* franceses bajo el *Ancien régime*.

«La teoría y la práctica del control judicial en los Estados Unidos, especialmente el de la Suprema Corte, son lo suficientemente conocidas como para necesitar una amplia exposición. Nuestro análisis hará referencia tan sólo a su doble papel como control interórgano del poder judicial, tanto sobre el Congreso como sobre el presidente. El

control judicial es, sin duda, el rasgo más significativo y propio del sistema gubernamental americano, de tal manera que ha sido descrito, en diferentes ocasiones, como “judiciocracia” o “gobierno de los jueces” y la Corte Suprema ha sido designada como la “tercera cámara de legislación”»¹².

Se recuerdan siempre como históricos los casos de *Marbury contra Madison* (1803) y de *Mc.Culloch contra Maryland* (1819), que dieron nacimiento al sistema de control judicial en Norteamérica. Los propios jueces se han puesto limitaciones, por ejemplo la de no tratar las cuestiones que denominan “políticas”, o sea las decisiones políticas fundamentales del Estado.

El mismo caso resuelto por Marshall carecía de gran importancia, pero sentó un precedente que fue trascendental tanto para los Estados Unidos como para muchos otros estados del mundo, entre ellos el nuestro.

García-Pelayo señala su importancia al afirmar: «Ninguna Constitución se muestra como algo acabado, sino como algo que abre y limita unas posibilidades sobre las cuales se va a desarrollar la existencia constitucional. Pero lo que ha de ser esta existencia depende de una serie de factores y circunstancias, y de la reacción de éstos sobre el esquema constitucional originario. Por lo que respecta a los Estados Unidos, si bien la dirección política del país es llevada a cabo sobre todo por el Presidente, en cambio el orden constitucional sobre el que se estructura el país es, ante todo, una creación de la judicatura»¹³.

El papel conservador que en algunas oportunidades ha jugado la Corte, como en el caso de la legislación social y económica del presidente Franklin D. Roosevelt, conocida bajo el nombre de *New Deal*, ha llevado a que se manifiesten muchas críticas a lo que se sindicó como intromisión de los jueces en la política, y la propensión a

salirse de los textos constitucionales para fallar conforme a principios que supuestamente los inspiraron. Ello ha conducido a las autolimitaciones de que atrás se habló. Pero esto no significa en manera alguna negar la naturaleza política de sus decisiones jurídicas.

2. La idea del control judicial de constitucionalidad es, por supuesto, mucho más antigua. Ya en la Inglaterra medieval la sostuvo el juez Sir Eduard Coke, según nos informa Felix Ermacora: «Como destacado representante de la rebelión puritana abogó por el Tribunal del *Common law* contra el predominio del Rey y el Parlamento. En el notable caso *Bonham* (1603), que influyó posteriormente en la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, debió declararse nula y sin valor una ley del Parlamento; Coke sostiene aquí el concepto siguiente: “Se sigue de nuestros libros que el *common law* en muchos casos también tiene que controlar las decisiones del Parlamento y declararlas nulas. Pues cuando una decisión del Parlamento se orienta contra derechos generales o contra la razón o cuando es en sí misma contradictoria o imposible de ejecutar, debe el *common law* examinarla y declararla nula”»¹⁴.

3. El control jurisdiccional de la Constitución en los países del espacio jurídico germánico no tiene una historia tan antigua como la de los países anglosajones. Sin embargo, sería un error datarla apenas desde la década de 1920, es decir, con la Constitución de Weimar en Alemania y la Constitución de 1920 en Austria. Algunos autores indican ese origen en los comienzos del siglo XIX, concretamente en las decisiones del artículo 11 del Acta Federal Alemana de 1815 y en los artículos 21 a 24 del Acta Final de Viena de 1820, es decir, en estrecha vinculación con el moderno constitucionalismo¹⁵.

Pero no hay duda de que el gran paso adelante hacia la instauración de un tribunal especializado que sirviera, como dice Burdeau, de «coronamiento de la Constitución y garantía de su supremacía»¹⁶ fue dado por Austria en su primera Constitución republicana, luego del derrumbe del Imperio Austro-Húngaro. Como obra que fue de Hans Kelsen, allí quedaron reflejadas sus ideas sobre el control constitucional y administrativo. Un control concentrado para conseguir la realización de esa idea fundamental de la supremacía de la Constitución, sobrepasando el dogma de la soberanía de la ley, y para evitar conflictos por la dualidad de interpretaciones de diversas instancias sobre los mismos textos, como ocurre con el control difuso, y hacer innecesaria la instauración de un tribunal de conflictos, como el propuesto en su época por el constitucionalista Tulio Enrique Tascón¹⁷.

4. La abrupta interrupción de la actividad de control de constitucionalidad provocada por el ascenso al poder tanto en Austria como en Alemania de gobiernos dictatoriales a partir de 1933, sólo permitiría su reanudación después de la segunda Guerra Mundial.

En la posguerra se establecieron no sólo en Alemania y Austria, sino en Italia y otros países europeos. Hoy se considera esto un signo del Estado de Derecho, entendido en una concepción moderna, sobre todo como garantía de la realización de los derechos fundamentales y freno a los desmanes o arbitrariedades del poder.

La Ley Fundamental de la República Federal Alemana (1949) dotó al Tribunal Constitucional de atribuciones más amplias, destacando su papel dentro de la construcción constitucional, basada como la austriaca en un orden normativo jerárquico.

«La Corte Constitucional austriaca tiene un valor de paradigma y, en la medida en que ella refleja las teorías de Hans Kelsen, se puede hablar de un modelo austro-kelseniano. El control de la constitucionalidad de las leyes es el monopolio de un órgano especializado; se trata entonces de un control concentrado por oposición al control difuso que caracteriza la situación en que cualquier juez puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, como ocurre en la tradición anglosajona. En la concepción de Kelsen, la jerarquía de normas es un dispositivo clave del Estado de Derecho y una alta Corte actuando como legislador negativo por oposición a ese legislador positivo que es el Parlamento, permite asegurar y asentar el Estado de Derecho», nos dice en una excelente puntualización Astrid von Busekis¹⁸.

Es importante observar que en los países del Este europeo y en Rusia se han establecido cortes constitucionales en el proceso cumplido luego del derrumbamiento de los regímenes del llamado “socialismo real”¹⁹.

LAS IDEAS DE KELSEN SOBRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Dos textos de Kelsen son básicos para conocer su pensamiento sobre el control de constitucionalidad, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”²⁰ y *Quién debe ser el defensor de la Constitución*²¹, sin perjuicio de que se refiera al tema en otros escritos de su vastísima obra.

El primer trabajo está desarrollado en dos aspectos centrales: «la naturaleza jurídica de esta garantía, basándose en último término en el sistema del que el autor ha proporcionado una exposición de conjunto en su *Teoría General del Estado*

(*Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925)»²². O sea la cuestión teórica. En el aspecto práctico ofrece su experiencia como miembro del Tribunal austriaco por varios años, a fin de elucidar cuáles medios son los mejores para la efectividad de esa garantía.

Kelsen rechaza la división tradicional entre creación y aplicación del derecho; para él, las funciones de legislación y aplicación no se oponen de manera absoluta, sino cada una de ellas es a la vez creación y aplicación de derecho. Esto dentro de la misma idea de la gradación en el ordenamiento jurídico.

Luego de reiterar su noción de lo que es una Constitución y las garantías para la «regularidad de las funciones estatales», Kelsen señala que entre ellas «la anulación del acto inconstitucional es la que representa la principal y más eficaz garantía de la Constitución»²².

Esto no excluye otros medios, por ejemplo, las garantías represivas, como es obvio.

Las argumentaciones de Kelsen a favor de la jurisdicción o tribunal constitucional son de una particular agudeza. Aquí se trata sobre todo de rechazar la idea, que califica de ingenua, de un control por el mismo órgano que dicta el acto inconstitucional, rebatiendo igualmente el prejuicio según el cual la soberanía reside exclusivamente en el Parlamento y no en todos los órganos estatales.

El punto seguramente más original es el de considerar la anulación que el Tribunal o Corte hace de la ley inconstitucional como una función legislativa, pues a diferencia de lo que ocurre con la función propiamente judicial, no se trata de anular una norma individual sino una norma general. Pero esto no constituye, como algunos aseguran, una “invasión” inaceptable del poder legislativo por otro órgano, sino, si así quiere decirse, una “incursión” aceptada en cuanto distribución de la función legislativa entre dos órganos... «Anular una ley –dice– es dictar

una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa»²⁴.

La idea de un Estado donde no se concentre todo el poder en un órgano, sino se distribuyan funciones entre todos, sale al paso de la objeción sobre que esta teoría contradice el principio de la separación de poderes, que por otra parte se ha relativizado en el Estado moderno.

Requisito para que el Tribunal o Corte Constitucional cumpla debidamente sus funciones es su independencia, tanto del poder legislativo como del ejecutivo. Esto no implica que dichos órganos no participen de la elección de sus miembros, pero complementándola, por ejemplo, con un derecho de presentación por parte de las Facultades de Jurisprudencia o de otras instituciones igualmente respetables²⁵.

No es el caso de alargarme en aspectos relativos al objeto, criterio, resultado y procedimientos del control de constitucionalidad en la obra de Kelsen. Pero sí es importante subrayar su insistencia en que todo el control de constitucionalidad se *concentre* en la Corte Constitucional.

La importancia jurídica y política del control quedará resumida en esta frase lapidaria de Kelsen: «Una Constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico»²⁶.

El control de constitucionalidad no es sólo garantía del Estado de Derecho, sino también de la organización democrática, pues garantiza tanto el derecho de la mayoría como los derechos de las minorías. «Si se considera que la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el

Parlamento por la mayoría y la minoría y, como consecuencia de ello, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta idea»²⁷.

LA CONTROVERSIA KELSEN-SCHMITT

No sería justo dejar de mencionar en este bosquejo de la doctrina kelseneana sobre el control jurisdiccional de la Constitución, la controversia sostenida por Kelsen contra las tesis de Carl Schmitt en tema tan central y que sin duda constituye un episodio mayor de la lucha jurídica y política entre dos tendencias radicalmente opuestas. De un lado, la concepción democrática de Kelsen, defensor de la normatividad; del otro, la propuesta de aniquilar la normatividad mediante el *decisionismo* propugnado por Schmitt, quien por pasos contados va a convertirse en el jurista estrella del nacional socialismo, por lo menos en su primera etapa²⁸. Ambos, Kelsen y Schmitt, sin duda clásicos de la teoría del Estado y el derecho internacional, colocados en las antípodas del pensamiento jurídico y político.

La disputa se originó en la obra de Schmitt *El Defensor de la Constitución*²⁹, aparecida en el contexto del debate sobre el control jurisdiccional de la Constitución, que enfrentó dirigentes políticos y tratadistas de derecho a lo largo de la República de Weimar³⁰. Kelsen dio inmediata respuesta a lo que en realidad eran ataques directos a su teoría sobre la materia, en un brillante trabajo bajo el título de *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*³¹.

Para Schmitt el único posible y verdadero guardián y garante de la Constitución es el Presidente del Reich y para defender ese punto de vista se vale de la teoría de Benjamín Constant sobre el poder neutro,

reviviendo así una doctrina de carácter monárquico basada en la ficción de la “neutralidad” del Jefe del Estado, es decir, del Gobierno. A esto replica vigorosamente Kelsen: «La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del *poder*. Garantía constitucional significa generalmente la seguridad de que esos límites jurídicos no serán trasgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquella, precisamente, a la que la constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que: nadie puede ser *juez de su propia causa*»³². No sostiene Kelsen, por supuesto, que el Jefe del Estado no deba ser también “defensor de la Constitución”, al igual que otros órganos estatales; lo que no acepta es que sea, como pretende Schmitt, sólo y exclusivamente “defensor de la Constitución”, eliminando en consecuencia la idea de un control jurisdiccional. Control que tampoco necesariamente tiene que ser en todas partes representado por el Tribunal o Corte Constitucional, pues ello depende de las circunstancias de cada país y su desarrollo institucional.

Unos años después, a partir de 1933, se sabría lo que significaba la “defensa de la Constitución” en manos del Jefe del Estado, en Alemania, esto es del Führer Adolfo Hitler. En ese camino, Schmitt legitimó incluso las ejecuciones sumarias contra los enemigos reales o supuestos del nazismo.

EL NUEVO SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

La Constitución de 1991 acogió frag-

mentariamente la iniciativa que había naufragado en 1968 y en ocasiones anteriores. En seguida resumiremos los aspectos principales³³ de la nueva Carta vinculados con el tema presente.

En primer término, el país se define como un Estado social de derecho, democrático y pluralista, marco dentro del cual se han de realizar los fines esenciales estatales (artículos 1º y 2º).

Se proclama la supremacía de la Constitución como «norma de normas» y en caso de incompatibilidad entre ésta y la ley u otra norma jurídica, se establece la «aplicación de las disposiciones constitucionales» (artículo 4º).

La Constitución se caracteriza por la considerable ampliación de los derechos, garantías y deberes, en particular los derechos fundamentales y nuevos derechos sociales, económicos, culturales y ambientales (Título II, capítulos 1º a 3º).

Pero en este aspecto el rasgo de mayor trascendencia es el del haber creado mecanismos aptos para la protección y aplicación de los derechos, diferencia radical con las Cartas anteriores, que si bien consagraban derechos, no estatúan procedimientos dirigidos a lograr su cumplimiento eficaz y rápido. En este campo sin duda el avance más importante fué el establecimiento de la acción de tutela (conocida en otros países como recurso de amparo) «para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública» (artículo 86)³⁴.

Esa protección se extiende al efecto en terceros u horizontal (*Drittwirkung*), en la

relación ciudadano/ciudadano, en los casos establecidos en la ley, conforme a esa misma disposición en su 5º párrafo³⁵.

La acción de tutela es indudablemente la parte más popular de la Constitución, como lo muestra el volumen de recursos interpuestos, y al mismo tiempo expresa la justificada desconfianza de la ciudadanía en los medios ordinarios de la justicia y, en muchos aspectos, a la crisis de ésta. Tema que se sale del marco de este estudio.

Importante también es la acción de cumplimiento relativa a leyes o actos administrativos, conforme al artículo 87 de la Constitución.

Clara intención del Constituyente fue, pues, al mismo tiempo que se ampliaba el campo de los derechos constitucionales, rodear al ciudadano de garantías para su protección. Que ello corresponda o no a la realidad, que sea una quimera constitucional o simplemente un instrumento de carácter ideológico, demanda un amplio análisis político y una laboriosa investigación sociológica. Aquí nos limitamos al aspecto teórico jurídico.

A fin de que esa protección fuese efectiva y de concretar con medios técnicos adecuados el predominio de la Constitución, se creó la Corte Constitucional, a la cual «se confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...» (artículo 241).

Es aquí donde resulta necesario subrayar la influencia de la doctrina jurídica de Kelsen, para quien, como ya se ha visto, el modelo ideal de control de constitucionalidad era el de establecer un tribunal especializado, diferente de la jurisdicción ordinaria, encargado de decisiones políticas en el más elevado sentido del término, pero con medios jurídicos a semejanza de una autoridad judicial.

La intensa y provechosa actividad de la Corte Constitucional, así algunas de sus

sentencias sean motivo de controversia, ha despejado dudas acerca del carácter de la jurisdicción constitucional, y ya pocos invocan contra ella argumentos superados por los hechos de la historia.

Queda, sin embargo, pendiente la reserva que de tarde en tarde se hace sentir en círculos más políticos que jurídicos, sobre el peligro que una invasión de la actividad legislativa, para utilizar el término de Kelsen, pueda afectar el sistema democrático, menoscabar sobre todo la función del Parlamento y desequilibrar la relación entre los distintos órganos del poder público.

Como ya atrás se veía, estas objeciones fueron refutadas por Kelsen, al comprobar que «la Constitución regula, en definitiva, el procedimiento legislativo de la misma forma que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y de las autoridades administrativas, que la legislación está subordinada a la Constitución exactamente igual que la justicia y la administración lo están a la legislación y que, por consiguiente, el postulado de la constitucionalidad de las leyes es, tanto teórica como técnicamente, absolutamente idéntico al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración»³⁶.

No es, pues, incompatible la justicia constitucional con la soberanía relativa del legislador, entendiéndolo por supuesto que hoy ya nadie sostiene soberanías absolutas.

La idea de que la democracia se identifica exclusivamente con el Parlamento, como se sostenía en el siglo XIX, ha sido igualmente superada, dentro del criterio predominante de una democracia participativa, mucho más amplia que la de democracia representativa.

Es por otra parte evidente que cada órgano debe actuar de conformidad con sus funciones y que la manera de evitar usurpaciones de uno sobre otro es delimitando

claramente esas funciones. En el caso de la jurisdicción y concretamente de la jurisdicción constitucional, a las cuales compete interpretar las normas por aplicar, efectuando de esa manera también una actividad creadora, el acierto depende en buena medida de la teoría de argumentación adoptada para llegar a la toma de decisiones³⁷.

Es conocido el impulso que ha tomado la teoría de la argumentación jurídica en los últimos años, con autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, S. Toulmin, N. Mac Cormick y Manuel Atienza, entre otros³⁸.

Mientras se eviten los excesos y las pretensiones de sustituir la tarea legislativa, habría de suscribirse la afirmación de Jürgen Habermas «...No cabe duda de que la concretización del derecho constitucional por una jurisdicción constitucional encargada de decidir en última instancia, sirve a la clarificación del derecho y al mantenimiento de un orden jurídico coherente»³⁹.

Aquí habría de recalcar un aspecto en el que el sistema colombiano se aparta de la concepción de Kelsen y de las propuestas iniciales de 1968 atrás comentadas: el mantenimiento del *control difuso*. Habría sido mucho más favorable, para la coherencia del orden jurídico y como medio de evitar fricciones y conflictos entre distintas instancias, que se hubiera *concentrado* el control de constitucionalidad en la Corte Constitucional, ahorrándose el espectáculo a veces penoso de instancias judiciales de alto rango enfrentadas aun públicamente.

Así sea con limitaciones, es evidente que el nuevo sistema ofrece considerable ventaja con respecto al anterior y, en mi opinión, así lo ha demostrado la práctica del alto tribunal, que ha acercado el derecho constitucional al pueblo, sin que ello signifique necesariamente populismo.

Deben destacarse las nuevas funciones de la Corte, orientadas por la ideología que

inspira la Constitución y que buscan mayores garantías de los derechos ciudadanos: la revisión de decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales y el estudio de los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, antes del canje de notas, que sólo podrá efectuarse si son declarados constitucionales. Menciono apenas estos puntos, pues cada uno de ellos daría motivo para extensos y pormenorizados estudios.

A manera de conclusión, diría que el nuevo sistema de control de constitucionalidad ha sido un avance notable, sin menospreciar por ello la labor que por espacio de ochenta años y en muchas ocasiones en circunstancias poco favorables cumplió la Corte Suprema de Justicia como guardián de la Constitución. Y agregaría que este nuevo sistema tiene una clara deuda con la doctrina del ilustre jurista de Viena y creador de la Teoría Pura del Derecho, Hans Kelsen, considerado el más eminente jurista del siglo xx, lo que de sobra acredita un homenaje de la Academia de Jurisprudencia, en consonancia con todo el mundo del derecho.

LUIS VILLAR BORDA

Director, Departamento de Gobierno Municipal
Universidad Externado de Colombia

Trabajo presentado a la Academia Colombiana de Jurisprudencia para su ingreso como Miembro Correspondiente y publicado en la *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 317, noviembre 2000.

1. La Constitución granadina de 1853 se caracterizó por la consagración del “poder municipal” dentro de un amplio espíritu de autonomía local, dando origen a las Constituciones Provinciales, rescatadas afortunadamente por el doctor Carlos Restrepo Piedrahita en paciente labor y publicadas por la Universidad Externado de Colombia. Como contrapeso se estatuyó en el artículo 42, ordinal 6º la facultad para la Suprema Corte de la nación de

«resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las Leyes de la República».

La Constitución confederal de 1858 estableció en su artículo 50: «Corresponde a la Corte Suprema suspender la ejecución de los actos de las Legislaturas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación; dando cuenta de la suspensión al Senado, para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos». En la Constitución federal de 1863 (de Rionegro) se establece en su artículo 51, ordinal 5º, entre las atribuciones del Senado, «Decidir definitivamente sobre la nulidad o validez de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados y que se denuncien como contrarios a la Constitución de la República». Se patentizaba en ambas la idea de la supremacía del órgano legislativo.

La Constitución de 1886 introdujo un limitado principio de control jurisdiccional sobre «la exequibilidad de actos legislativo que hayan sido objetados por el gobierno por inconstitucionales» (artículo 151, ordinal 4º). Esto se adicionó con la ley 2ª de 1904 que dio a la Corte el conocimiento de la constitucionalidad de decretos de estado de sitio. Pero, como lo advierte el eminente constitucionalista Tulio E. Tascón: «Bajo la Constitución de 1886 regía la presunción de la constitucionalidad de las leyes, principio que el artículo 6º de la ley 153 de 1887 formuló así: “Una disposición expresa de Ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución”. Esta presunción –agrega el doctor Tascón– hacía inútil la Constitución –que dejó de ser la superley–...». TULIO E. TASCÓN. *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá: Ediciones Grancolombia, 1944, p. 149.

2. Todas las citas de constituciones colombianas corresponden a la recopilación hecha por CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA. *Constituciones Políticas de Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1995.

3. ALVARO COPETE LIZARRALDE. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Bogotá: Lerner, 1960, p. 224.

4. MAURO CAPELLETTI, citado por CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA en *Tres ideas constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 94.

5. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Historia de la Reforma Constitucional de 1968*, Bogotá: Imprenta

Nacional, 1969, pp. 480 y 542.

6. CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA. Ponencia para segundo debate de primera vuelta, Senado, en: *Historia de la Reforma Constitucional de 1968*, pp. 114 y ss.

7. *Ibid.*, p. 116.

8. FELIX ERMACORA. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1970, p. 759.

9. *Constitution Francaise* (4.10.1958), artículos 56 y ss.

10. RAYMOND CARRÉ DE MALBERG. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 217.

11. Ver ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE. *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

12. KARL LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, pp. 308 ss.

13. MANUEL GARCÍA-PELAYO. *Manual de Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Revista de Occidente, 1959, p. 441.

14. Referencia en FELIX ERMACORA, *Op. Cit.* p. 766.

15. HELGE WENDENBURG. *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1984, pp. 9 y ss.

16. GEORGES BURDEAU. *Traité de Science Politique*, Paris: L.G.D.J, 1950, p. 358.

17. TULIO ENRIQUE TASCÓN. *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá: Ediciones Grancolombia, 1944, p. 278.

18. ASTRID VON BUSEKIS. *Textes Constituonnels Francais et Etrangers*. Paris: La Rousse, 1994, 287.

19. Ver: Constitution de la Federation de Russie, artículos 125 ss. *Textes Constituonnels... Cit.* p. 562.

20. HANS Kelsen. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. En: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1988, pp. 109 ss.

21. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.

22. Kelsen, “La garantía jurisdiccional...”, *Cit.*, p. 109.

23. *Ibid.*, p. 128.

24. *Ibid.*, p. 130.

25. *Ibid.*, p. 130.

26. *Ibid.*, p. 150.

27. *Ibid.*, p. 152.

28. BERND RÜTHERS. *Carl Schmitt im Dritten Reich*. München: Beck, 1990.

29. CARL SCHMITT. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985 (reimpresión de la edición de 1931).

30. HELGE WENDENBURG. *Die Debatte um die*

Verfassungsgerichtsbarkeit, Cit., se ocupa detalladamente de esta controversia.

31. HANS KELSEN. *¿Quién debe ser defensor de la Constitución?*, Madrid: Tecnos, 1995, traducción de la edición alemana de 1931.

32. *Ibid.*, p. 5.

33. Las citas de normas de la Constitución hechas a lo largo de este trabajo corresponden a la edición de CARLOS RESTREPO PIDRAHITA. *Constituciones Políticas de Colombia*, 2ª ed., Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1995, ya mencionada.

34. Sobre acción de tutela y recurso de amparo, se leerá con provecho el libro de NESTOR IVÁN OSUNA PATIÑO, *Tutela y amparo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

35. Sobre efecto en terceros o efecto horizontal, ver ROBERT ALEXEY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 506 ss.

36. HANS KELSEN. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, *Cit.* p. 129.

37. CARLOS BERNAL. “En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes” (artículo que he conocido por gentileza de su autor, ahora publicado en *Revista Derecho del Estado*, N° 7).

38. ROBERT ALEXEY. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; del mismo, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997; del mismo, *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; MANUEL ATIENZA. *Las razones del Derecho. Teorías de Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; del mismo, *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. RONALD DWORKIN. *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 1988; RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995; RODOLFO ARANGO. *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?* Bogota: Siglo del Hombre Editores, 1999.

38. JÜRGEN HABERMAS. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, 1998, p. 316.

