

## COLOQUIO

### REFLEXIONES SOBRE LOS CAMBIOS EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

Dr. Luis Carlos Sáchica Aponte, Dr. José Gregorio Hernández y Dra. Laura Ospina Mejía

JGHG.- ELEMENTOS DE JUICIO ha invitado en esta ocasión al doctor LUIS CARLOS SÁCHICA APONTE, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, del consejo de estado, profesor universitario, autor de numerosas obras de derecho Constitucional, quien nos acompaña para hablar sobre distintos temas que suscita por una parte la celebración de los veinte años de la Constitución de 1991 y por otra la de los cien años del control de constitucionalidad en la forma en que se estableció en el Acto Legislativo 3 de 1910. Precisamente ese es el primer punto que quisiera plantearle al doctor Sáchica, el relativo a una comparación -si es que cabe- entre el sistema de control de constitucionalidad que aplicó entre 1910 y 1991 la Corte Suprema de Justicia -corporación de la cual él hizo parte- y el que aplica la Corte Constitucional hoy, de conformidad con la Carta Política de 1991.

LCSA- Agradezco al doctor Hernández, a la doctora Ospina y a su Revista, que leo con mucho interés siempre porque es muy rica en temática jurídica constitucional, haberme dado la oportunidad de seguir hablando de lo mismo, de lo de siempre, veinticuatro horas al día. Y contesto:

La experiencia del control de constitucionalidad que ejercía la Corte Suprema de Justicia y la nueva del año 91 es algo así como del cielo a la tierra.

Porque en nuestro tiempo, la Sala Constitucional aunque era una sala especializada, estaba condicionada a la decisión en pleno de la Corte, de manera que era un control muy mediatizado, muy recortado, con ventajas y desventajas. La ventaja de la concurrencia del criterio de los especialistas de las salas Civil, Penal y Laboral, que permitía dar unas respuestas, unas soluciones integrales, una visión más panorámica, menos de especialista en Derecho Constitucional; pero que de otra parte a veces hundía el criterio técnico de los expertos en la mayoría de una Sala Plena que a lo mejor tenía otros enfoques y preocupaciones distintas a las del control propiamente dicho. De manera que creo que el sistema de control actual ganó en el sentido de autonomía y de especialidad. Es esa la primera gran diferencia desde el punto de vista formal, procedimental.

Pero la cuestión de fondo es otra obviamente, y es la de que uno diría que el antiguo control -llamémoslo así- estaba muy amarrado a los textos, tanto de la

ley que se examinaba como de la Constitución, y ello podía degenerar en un procedimiento puramente mecánico de comparación entre el contenido normativo de la Constitución y el desarrollo legislativo de ese contenido. En cambio hoy -y yo creo que eso fue una revolución- se llegó, se está llegando con el poder de interpretación de la Constitución perteneciente a la competencia de la Corte Constitucional a la configuración de un verdadero poder político, tanto que he sostenido en algunos escritos y foros que debía reestructurarse el Estado en este aspecto, en el sentido de reconocer la autonomía que ha adquirido la Corte Constitucional con su poder de interpretación exclusiva y autoritaria de la Constitución, para decir: éste no es un organismo judicial ordinario, no lo enmarquen allí, no lo encuadren de esa manera, ábranle otro Título y sepárenlo; inclusive he sostenido que se está desplazando el centro del poder político al interior del Estado, haciendo de esa Corte su eje.

LOM.- Doctor SÁCHICA, ¿considera Usted que la Corte Constitucional, en ciertas ocasiones y a propósito de algunas decisiones, se ha convertido en una especie de Constituyente?

LCSA.- Puede ser la actitud que ha adoptado en algunas decisiones la Corte Constitucional. En la práctica eso se ha traducido en que la Constitución va deviniendo..., deviniendo..., en un estatuto que no es exactamente el expedido en el año 91, sino una Constitución modulada, por así decirlo. Utilicé deliberadamente "devenir", dije que es una Constitución en el devenir; no estática, como en el caso del antiguo control.

JGHG.- Claro, lo que pudo ser el sentido y el contenido de la Constitución para unos magistrados puede después modificarse, evolucionar o involucionar hacia otra Constitución. Son varios los casos en que la Constitución expresó una cosa y otra muy distinta interpretó, respecto de ella, la Corte Constitucional. Por ejemplo, la Constitución no prohibió las rebajas generales de penas, por ley, pero la Corte señaló en 2000 que estaban prohibidas y declaró exequibles las del llamado "jubileo". Otro caso es el de la base gravable de los tributos, que según el artículo 338 de la Carta sólo puede fijar el Congreso en el nivel nacional, pero la Corte declaró exequible que pudiera fijarla el DANE. O el de las corporaciones autónomas regionales, a las que, gratuitamente y sin base en el texto constitucional, la Corte les asignó el carácter de establecimientos públicos del orden nacional, cuando el Constituyente habló de su creación "dentro de un régimen de autonomía". O la limitación a la acción de cumplimiento; a pesar de que el artículo 87 de la Constitución no distinguió, la Corte declaró exequible que dicha acción se restringiera, de modo que no sea procedente para obtener el cumplimiento de normas "que establezcan gastos" (art. 9, parágrafo, de la Ley 393 de 1997, declarado exequible por Sentencia C-193 del 7 de mayo de 1998).

LCSA. Sí. Es decir, digámoslo de pronto más duro pero más preciso: la competencia, que ya no es de simple control, que está ejerciendo la Corte Constitucional está prácticamente usurpando -no digamos tanto, pero casi- el poder de reforma de la Constitución. Como yo no reconozco sino un solo constituyente, el poder para mí no es poder constituyente, es simplemente un poder continuador, continuista, confirmatorio, es una competencia jurídica, que aquí se ha llevado tan lejos que algunos ya se atreven a decir que es el sustituto, el reemplazo, la presencia constante del poder constituyente. Para decirlo con mayor precisión: la Corte Constitucional está al punto de confundir el control con su objeto.

LOM.- Eso en la medida en que, por ejemplo, se vuelve muy complicado pensar en ciertas reformas constitucionales que ya uno vaticina que la Corte jamás dejará pasar: reformas constitucionales sobre ciertas materias, que a su juicio distorsionarían la esencia misma de la Constitución, que es tan difícil de asir, de determinar; porque se ha visto en algunas decisiones, que finalmente todo se vuelve "esencia". Y si todo es esencia, pues nada es esencia. Hablo específicamente de la sentencia sobre el Acto Legislativo 1 de 2008, sobre carrera administrativa.

LCSA. - Está bien que me recuerde eso. Cuando salió la sentencia y capté su meollo, escribí una pequeña nota durísima que publicó *Ámbito Jurídico* en donde dije que así la Corte quería petrificar la Constitución, puesto que si hay un núcleo incambiable de la Constitución protegido por la Corte Constitucional y es de su competencia determinar cuál es ese núcleo, petrificamos la Constitución.

JGHG. - ¿Y, dentro de esa perspectiva y con la actual doctrina de la Corte, no la puede cambiar ni siquiera el pueblo?

LCSA.- No. Nos encontramos más bien con algo contrario a lo que veníamos diciendo, y era que dizque la Corte Constitucional tenía en las manos una Constitución que estaba en proceso, en proceso de ser, de ir hacia el Estado Social de Derecho, pues nos hallamos con una Constitución petrificada. Por eso el título de la nota que publicó *Ámbito Jurídico* era "*La Corte Constitucional está bizca?*". Porque con un ojo miraba el sentido de la dinámica constitucional y con el otro, con una mirada fija en el núcleo de la Constitución, incambiable, intocable para todos, hasta para el pueblo. Como cuando prohibieron ridículamente en el plebiscito de 1957 que volviera a haber plebiscitos, apropiándose el Congreso de todo el poder constituyente.

JGHG-. Pero, desde el punto de vista formal, la Constitución y la ley estatutaria condicionan las decisiones del pueblo en cuanto consagran unas exigencias mínimas, e inclusive el artículo 241, numeral 1, permite que se demande ante la Corte toda reforma constitucional, cualquiera sea su origen. De modo que el referendo votado por el pueblo también se puede demandar por aspectos formales. Y, desde luego, como el referendo tiene unos requisitos que se establecen previamente en la Ley Estatutaria de mecanismos de participación, entonces sobre eso controla la Corte, y además es un control previo y automático. Ella puede impedir el referendo, como ocurrió el año pasado en dos de los referendos convocados (reelección presidencia y cadena perpetua para violadores y asesinos de niños).

LCSA.- En la carta que yo le pasé al Ministro del Interior<sup>1</sup> precisamente sugiero la unificación del control, que no haya diferencia entre el control por vicios de forma y vicios de fondo; es lo mismo, pues tanto da violar la Constitución por su contenido que por el trámite reformativo.

JGHG-. Y es que mire doctor SÁCHICA, yo, aun estando de acuerdo con ella en que el poder de reforma no puede llegar hasta sustituir o cambiar una Constitución por otra, o eliminar o modificar elementos de la esencia (el alma) constitucional, he criticado la actitud de la Corte Constitucional respecto a ese control sobre las reformas constitucionales porque ha llevado el control a un extremo en el cual todo depende prácticamente del genio con que amanezcan los magistrados cuando estén ejerciendo ese control, y cada vez nos van dando sorpresas. Entonces, unas veces adoptan la decisión en el sentido de inconstitucionalidad porque se está sustituyendo una Constitución por otra pero siguiendo un criterio completamente subjetivo; y otras, cuando por el mismo motivo se debería caer (ser declarado inconstitucional) un determinado acto de reforma, entonces dicen que no, que eso está bien.

En el caso de la reelección presidencial por ejemplo, con los mismos argumentos que emplearon los demandantes en 2005 contra el Acto Legislativo 2 de 2004 que estableció la posibilidad de reelección inmediata, la Corte declaró inexecutable la ley que convocaba al referendo para una segunda reelección, (Sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010) porque habló por ejemplo de que se rompía el principio de igualdad; sostuvo (como lo había sostenido en 2005 con el Acto Legislativo 2 de 2004) que se violaba el principio de alternatividad; que prácticamente se desdibujaba el sistema de frenos y contrapesos; todo eso lo dijo en la última sentencia, en la C-141 de 2010, y esos argumentos los había rechazado a propósito del Acto Legislativo de 2004; todo depende del enfoque que tengan los

---

<sup>1</sup> La carta a la que se alude se publica en la presente edición de la Revista, en la sección denominada "Documentos".

magistrados y entonces desde esa perspectiva la Constitución no tiene estabilidad, no hay seguridad, no hay ninguna certeza. Y por ejemplo en el Congreso, yo me pongo en la camisa de los congresistas frente a una posible reforma constitucional: bueno, vamos a reformar la Constitución, ¿y qué enfoque tendrá la Corte que juzgue sobre esta reforma?

LCSA.- El 4-5 es tan dicente, el famoso 4-5 en la votación. Es muy grave que no exista congruencia, es decir jurisprudencia, jurisprudencia constitucional. Llamamos jurisprudencia la doctrina de un fallo, diluyendo el riguroso concepto de jurisprudencia. Si no tenemos una jurisprudencia constitucional constante, congruente, no tenemos Constitución. Porque se vuelve casuista; entonces no hay ningún marco constitucional cierto. En el orden práctico es absurdo el período de los magistrados de la Corte; yo los haría vitalicios con el objeto de que hubiera continuidad, eso debería ser vitalicio, duradero, no se cambia a un magistrado de la Corte Constitucional sino cuando muere alguno de ellos o cuando renuncia. Mantengamos un equipo, un cuerpo de expertos que tenga consecuencia en su pensar; porque si cada ocho años o antes y ocasionalmente se producen cambios en el cuerpo de jueces constitucionales, quedamos sujetos a la subjetividad y al inevitable giro ideológico; fatalmente cada cuerpo de esos toma un sesgo ideológico, y eso marca cambios gravísimos a cada cambio de personal de magistrados, y la seguridad jurídica se pierde totalmente. Creo que la tenemos perdida y no nos da garantía la afirmación de que existe un núcleo incambiable, ya que si es la Corte Constitucional la que define qué es el núcleo, qué es del núcleo y qué no es del núcleo y lo define en cada caso, pues no hay núcleo, sino la cambiante "Constitución de la Corte Constitucional".

JGHG. No hay núcleo, porque lo va a definir la Corte en cada momento. Lo que implica también que se traslada la competencia para reformar la Constitución del Congreso a la Corte, porque si la Corte es la que lo define, entonces el Congreso cuando ejerce su función, está supeditado a lo que la Corte le diga; más aún, tiene que adivinar lo que el futuro pensarán los magistrados de la Corte al decidir si eso que fue modificado era o no de la esencia constitucional, y si se sustituyó o no la Constitución por otra.

LCSA. Es ahí donde insisto en que se está produciendo una reestructuración del Estado en la Rama Jurisdiccional, que hay que remodelar porque, si existe en el sistema constitucional una competencia que le permite al organismo que la ejerce nulificar -digámoslo así- las actuaciones del Congreso y del Gobierno, obviamente se trata de un poder superior a los otros dos, y por consiguiente el eje del poder político en el Estado colombiano se desplazó. A consecuencia de la manera cómo la Corte Constitucional ha venido extendiendo su competencia constitucional hasta el punto de llegar a donde señaló Laura Ospina: la Corte Constitucional es el

mismo constituyente, presente todos los días, ya no tácito, implícito, ahí está, ¿para qué volvemos a hacer asambleas constituyentes?, no tenemos que hacerlo; el vocero del soberano es omnipotente.

LOM. - No se necesita invocar el "espíritu del constituyente"; lo tenemos presente de carne y hueso.

LCSA. - ¡Ahí está sentado, tiene corbata y pantalones!

LOM.- Dr. SÁCHICA, a propósito de lo que acaba de decir, sobre que la Corte Constitucional se ha convertido en un órgano político, en tanto es el órgano en el que finalmente confluyen todas las decisiones políticas, ¿qué opina sobre ese papel que ha asumido la Corte en los últimos años en materia de redefinición de políticas públicas? y ¿hasta qué punto el juez constitucional podría o no llegar a asumir en el futuro las consecuencias, por ejemplo, de un mal rediseño –a través de sentencias- del sistema de salud?

LCSA. - En primer lugar, soy enemigo de esa generalización que está teniendo el concepto de "políticas públicas" porque eso es paralizar la capacidad decisoria, la iniciativa de los órganos que fijan la política. Si está fijada, por ejemplo, una política de Estado en materia de salud a mediano o a largo plazo, pues se está produciendo una parálisis institucional en un país tan cambiante. En un país que está cambiando todos los días, sus realidades son otras; este país es distinto todos los días. De manera que es obligatorio racionalizar la acción del Estado, ¿cómo? con políticas públicas estables, que tienen la bendición episcopal de la Corte Constitucional, y por tanto son intocables, ya que estamos paralizando la gestión estatal por esa vía. No creo que eso sea muy democrático. En donde tiene que haber rotación, alternación, giros, posibilidades, ¿el gobierno que entra llega maniatado a las políticas públicas adoptadas con antelación? Creo que esto es un mal manejo del concepto de políticas públicas.

JGHG.- Hasta podría ser inconstitucional frente al concepto mismo de planeación, que tiene unos alcances definidos por la misma Carta Política.

LCSA. - Claro.

JGHG.- Porque la Constitución contempla el Plan de Desarrollo para los cuatro años del respectivo gobierno, y eso se consagra en ley de la República, una ley que tiene un nivel superior a las demás leyes de acuerdo con lo que dice el artículo 341 de la Constitución. La parte general del plan sí puede presentar unos grandes lineamientos pero que no son forzosos para el Gobierno siguiente. Si eso lo miramos a la luz de los compromisos que contraen en materia económica los

gobiernos dentro de esas mismas tesis de las políticas públicas que dejan endeudado al Estado, también es inconstitucional aquello de comprometer -como lo hizo el anterior Gobierno- las vigencias futuras.

LCSA.- Así es. Está amarrando.

JGHG.- Claro. Comprometen las vigencias futuras, y al hacerlo dejan maniatados a los nuevos gobernantes.

LCSA.- Se acaba la política. Qué curioso: el concepto de fijación de políticas públicas a mediano y largo plazo acaba con la política, ¿para qué la política?, ¿para qué el Congreso? Si ya hay política pública de salud, de transporte, de minería, para qué convocamos al Congreso? ¿Y la Constitución para qué? Es por otra vía, como si las leyes se declararan inmodificables.

LOM.- Bueno, a lo que yo me refería es a que muchas veces esas políticas públicas vienen señaladas por los propios jueces, entonces...

LCSA.- Que es todavía más grave, yo no percibí ese segundo aspecto.

LOM.- Quería que habláramos sobre todo de ese aspecto, es decir, cuando esas políticas son fijadas por los jueces, en sentencias con efectos generales.

LCSA.- Las fija el juez y le ordena al Gobierno esto o lo otro, o al Congreso.

JGHG.- Puede que ni siquiera sea la Corte; puede ser un juez de tutela en ciertos casos.

LCSA.- Sí, también. Claro que sí.

JGHG.- O el juez administrativo al fallar sobre una acción popular.

LCSA. Están extendiendo el antiguo control constitucional, lo están extendiendo e invadiendo las orbitas propias de las otras ramas.

LOM.- Reemplazando las decisiones del legislador, del ejecutivo.

LCSA.- Gravísimo. Por eso he dicho que la Corte es un supra-órgano político puesto que puede paralizar la acción del Estado, pero también puede imponerle una política. Por eso repito que el organismo es político y no judicial.

LOM.- Es importante resaltar eso, y sobre todo el tema de qué responsabilidad tendrían que asumir el juez o los jueces al definir o redefinir políticas públicas.

JGHG.- Porque no solamente sería la Corte, sino que el juez de tutela o un tribunal administrativo o un juez administrativo, en virtud de una acción popular. Aunque les confieso que, ante la omisión o la actitud inconstitucional de muchos gobiernos al fijar políticas públicas, a mí eso no me fastidia. Los jueces tiene que velar por los derechos.

LOM.- En el caso del legislador o del ejecutivo, ya se sabe que en política todo error se paga, hay una responsabilidad política, se es responsable frente a los electores, independientemente de otro tipo de responsabilidades de carácter jurídico; pero en el caso de los jueces ¿qué responsabilidad asumen cuando se equivocan al fijar políticas públicas?

LCSA. No le tengamos miedo al tema. Como se han declarado, bueno no declarado, pero de hecho se ha llegado a la sacralización del control constitucional como institución, hasta el punto que sus operadores se vuelven intocables y en concreto irresponsables, preguntémosnos ¿eso es lógico en una democracia? ¿Que haya un sector del Estado que no responde? En el Estado de Derecho ¿hay algún sector del Estado que no responda ante el pueblo y ante los organismos de control? Pues eso es absurdo; por eso se está convirtiendo en un poder absoluto; esa competencia mínima que era, en nuestro tiempo la de un control moderado de la constitucionalidad de la ley, se está convirtiendo en un poder absoluto, en el mayor poder existente en el Estado, y lo grave, ilimitado porque no responde, entonces aquí pasó algo grave.

LOM.- ¿Quién vigila al vigilante?

JGHG.- Pero eso que está manifestando el doctor SÁCHICA me parece de la mayor importancia; querría decir que precisamente como es ilimitado, entonces ¿ha desaparecido el concepto de competencia, para la Corte Constitucional?

LCSA.- Claro, yo decía que antes los jueces eran autoridades públicas, hoy son poderes.

JGHG.- Entonces la Corte ya no está ejerciendo una competencia sino un poder.

LCSA.- Sí, ya no es "autoridad", en el sentido consagrado del concepto, es un poder público, uno más, superior a los otros poderes, eso es lo que he venido sostenido durante todo este tiempo y digo que eso cambió el Estado, cambió la concepción del Estado.

JGHG. La Constitución le señaló a la Corte, en el artículo 241, numeral 1, y en el artículo 379 que, respecto de actos reformativos de la Constitución, solamente podía fallar por razones de forma. Con la tesis que se abrió paso desde la Sentencia C-551 de 2003, que fue la del referendo -primer referendo de Uribe-, la Corte pasó por encima de esa talanquera, de ese obstáculo que en materia de competencia le presentaba la norma constitucional y dijo: yo puedo entrar en ese control sobre la base de estudiar a mi turno, la competencia de quien está reformando la Constitución o convocando a un referendo o asamblea constituyente, y si resulta que está tocando la esencia de la Constitución entonces eso es inconstitucional y yo -como ahora lo decía el doctor SÁCHICA- me reservo como Corte la determinación de si eso es de la esencia o no es de la esencia en el caso concreto. Entonces, sobre la base del estudio de si eso encaja dentro de la esencia, lo que la Corte hace es entrar en los elementos de fondo, es decir...

LOM.- Es un control material...

JGHG.- Claro. Porque ... ¿qué puede ser más de fondo que estudiar la esencia de algo?

LOM. No importa la prohibición constitucional, ella no tiene ningún efecto; se entra en un control de fondo.

LCSA.- No más al definir usted la conexidad más o menos directa de un tema con otro en el estudio de un proceso de constitucionalidad ¿a dónde va a parar usted? Pero lo grave no es esto, ahora me recuerda que lo que realmente me alarma -ya con lo poco de sensibilidad de constitucionalista que me queda a estas alturas de la vida-, es algo monstruoso doctores: un órgano del Estado se fija su propia competencia. Eso ha sido considerado en toda la teoría del Derecho Constitucional y del pensamiento político como un poder absolutista, arbitrario, contrario al Estado de Derecho desde luego, de entrada, porque el Estado de Derecho ¿qué es? Es la norma previa y expresa que asigna el poder y fija así un estado de que se quiere estable.

LOM.- El límite.

LCSA.- Entonces, si uno de los órganos del Estado se auto atribuye la capacidad de señalar los límites de su competencia, de extender su propia competencia, de borrar límites a esa competencia, ¿frente a qué estamos? Defínanme ese órgano, ¿qué clase de órgano es ese?, No puede aceptarse que pueda existir en un Estado de Derecho un órgano con capacidad de fijarse la competencia. Recuerdo que Carl Schmitt define la Constitución como "la competencia de las competencias". ¿Qué

es el Derecho Constitucional? ¿Qué es la Constitución? La competencia, la norma que fija la competencia, es la competencia de la competencia. O sea que el único que tiene poder para atribuir competencias, es decir, para atribuir poder es el Constituyente. Ninguno de los órganos constituidos puede fijarse su propia competencia, ni ampliarla ni restringirla, haciéndola elástica, plástica, oportunista.

JGHG.- La competencia por definición es un límite.

LCSA.- Sin duda.

JGHG.- Y si es un límite, y el que invoca cierta competencia pasa por encima del límite que se le ha fijado, en realidad lo que hace es violar la norma; entonces uno diría: ¿desde ese punto de vista, estas providencias relativas al control de constitucionalidad sobre actos reformativos, cuando la Corte se reserva el derecho de hacer una confrontación material, podrían estar violando la norma constitucional que establece la competencia?

LCSA.- Sí, porque, quieran o no, al entrar en ese tema, están afectando la competencia que se está ejerciendo, sea en el sentido de ampliar o de restringirla; ninguna de las dos posibilidades cabe en un Estado de Derecho. No olvidemos la figura de la desviación de poder surgida de una interpretación simbolista de la competencia hecha por su titular.

LCSA.- Esa es la discrecionalidad, y en el Estado de Derecho no existen poderes discrecionales, en principio, y el control de constitucionalidad no es un poder discrecional de la Corte Constitucional, es una competencia reglada que debe actuar "dentro de los precisos términos que esta Constitución determina".

JGHG.- Otro tema que también tiene que ver con el control de constitucionalidad y con una tendencia actual de la Corte Constitucional, es el siguiente: la Corte Constitucional, utilizando el argumento de que las demandas que se presentan por los ciudadanos en ejercicio de la acción pública tienen que ser aptas, resulta asumiendo, cuando ella quiere, la competencia que le corresponde; y cuando no quiere, se está yendo por el fácil camino de decir: me inhibo porque la demanda es inepta, y el problema -que ese también es preocupante- consiste en que la Corte poco a poco ha ido convirtiendo la acción pública como en una especie de recurso extraordinario de casación, porque por la vía jurisprudencial le han creado una serie de exigencias al ciudadano. El Decreto 2067 de 1991, que señala los requisitos de la demanda, solamente establece que sea presentada por escrito; que se mencione la norma demandada; que se presente el texto de esa norma demandada; que se diga cuáles son las normas constitucionales violadas, y que de manera expresa -pero yo considero que sumaria e informal- se manifieste por el

actor por qué, en concepto ciudadano -que no es especialista en Teoría del Estado o en Derecho Constitucional, ni tiene por qué serlo-, hay una violación de la Constitución. Esos son los requisitos legales; pero la Corte decide que el ciudadano le tiene que exponer razones claras, suficientes, completas, integrales, una cantidad de requisitos adicionales, y entonces decide o rechazar la demanda porque supuestamente el argumento del demandante no es suficiente, lo cual da lugar a un altísimo grado de subjetividad en la decisión del magistrado, o finalmente la Sala Plena, también subjetivamente, se inhibe de fallar después de todo un proceso, y eso va contra la economía procesal también, porque hacen pasar todo el proceso de constitucionalidad, y al final dice la Corte: me inhibo porque los argumentos suyos no son suficientes y entonces la demanda es inepta. ¿Cómo ve eso doctor SÁCHICA?

LCSA.- Bueno, en primer lugar es parte de lo mismo, no nos salimos del tema; mire doctor José Gregorio, doctora Laura: hay un artículo de la Constitución -ustedes lo conocen mejor que yo- que establece que a los requisitos que la ley señala para el ejercicio de cualquiera de las actuaciones ante el Estado -artículo 84- no se pueden agregar otros. Ya ahí hay una violación constitucional de bulto. No pueden exigirse otros requisitos, sea el gobierno o los jueces quienes los señalen como obligatorios.

JGHG.- Cuando la misma Corte ha dicho que son informales, tanto la una como la otra.

LCSA.- Claro, y que no hay necesidad de abogado y que uno no tiene por qué saber nada.

JGHG.- La Corte no puede exigirle más al ciudadano de lo que la ley (Decreto 2067 de 1991) le exige. Están obstaculizando la acción. Están obstruyendo el derecho político a demandar una norma.

LCSA.- La demanda es una queja; a la hora de la verdad no es más que una queja, una petición: mire usted que sí sabe de esto, porque a mí me parece...

JGHG.- A mí me parece que es inconstitucional. Dígame que no, dígame que yo no tengo razón. Pero no me rechace la demanda, ni me salga con una sentencia inhibitoria.

LCSA.- Hay un segundo aspecto tan inquietante como este que estamos describiendo que es gravísimo porque es restringir los derechos de los ciudadanos. Pero hay algo peor y que he captado en estos días: la Corte termina indicándole al demandante frustrado cómo puede corregir su demanda para que sí sea viable. Lo

digo a propósito de la demanda del Código Civil en donde se define el matrimonio como un contrato entre un hombre y una mujer etc..., y entonces le dice en el fallo la Corte qué habría sido necesario exponer esto o aquello, y entonces ella termina haciendo pedagogía constitucional.

JGHG.- Haciéndole la demanda.

LCSA.- Reorientando al demandante para que corrija la tarea, ieso es grave!

LOM.- Podría eventualmente generar un prejuizamiento.

LCSA.- Tan grave la restricción de derechos, como la de que venga y demande lo que quería demandar, pero no lo demande así, sino demándelo de esta otra manera como le estoy indicando.

JGHG.- Con el caso del aborto pasó exactamente igual. La ciudadana demandante presentó una demanda de inconstitucionalidad, y agregó que si la Corte consideraba que debía declararse la exequibilidad de la norma del Código Penal sobre el aborto, pedía que se condicionara el efecto del fallo desde el punto de vista de que en caso de la violación, de peligro para la salud de la madre, y de malformaciones del feto, el aborto no se tuviera como delito. Al final del proceso, la Corte declaró la ineptitud sustancial de la demandada y señaló que la demandante ha debido demandar la norma, y nada más. Y después dictaron la sentencia acogiendo exactamente los mismos casos que la señora presentó.

LCSA.- De igual gravedad es esto: para mí y en nuestro tiempo, reducíamos la petición del ciudadano en acción pública a solicitar que definiera si era constitucional o no la norma demandada.

JGHG.- Obviamente. Se trata de que el ciudadano en uso de su derecho se dirige a los que saben, y tienen competencia, para que sean ellos los que decidan. Y el ciudadano se atiene a lo que se resuelva. Pero no pueden aspirar los magistrados a que el demandante les haga la sentencia. Pídanle tan sólo que indique por qué el cree que la disposición es inconstitucional...

LCSA.- Pero no le pidan más; hoy abusivamente el demandante sugiere la modalidad de la revisión pendiente. Eso de decirles falle así o falle asá, eso se me hace a mí que es un indebido ejercicio de la acción pública.

JGHG.- Eso implica que se le traslade al ciudadano un deber de la Corte, porque el ciudadano expone, como el doctor Sáchica muy bien dice: yo creo que esta norma es inconstitucional por tal razón, y si la Corte considera que yo estoy equivocado

dígame en la sentencia: usted está equivocado y esa norma por ese motivo no viola la Constitución, es exequible, pero ¿qué es lo que hace la Corte? Le dice dígame todas las razones y dígamelas de manera suficiente de modo que yo tenga todos los elementos.

LCSA.- Estamos invirtiendo los papeles. Casi que podemos hablar doctor José Gregorio de "demanda modulada". Fálleme así o fálleme asá; ya lo que le pido no es que me diga constitucional o inconstitucional, el sistema de ahora se me hace perverso porque permite que el demandante manipule a la Corte, así de grave.

LOM.- Voy a plantear un tema también relacionado con esas innovaciones del control de constitucionalidad, y es a propósito del control sobre lo que se ha llamado el "derecho viviente", entonces resulta que la Corte no solamente puede declarar inexecutable una norma por lo que ella prescribe, sino que también se puede declarar la inconstitucionalidad...

JGHG.- Por la manera como se aplica.

LOM.- Sobre la manera como se aplica esa norma por los jueces.

JGHG.- Es decir, sería una manera de interpretación, de aplicación de la norma que se estima inconstitucional.

LOM.- El control va más allá de lo abstracto, y desciende a la realidad, es la realidad la que vamos a controlar.

LCSA.- Sí, pero fuera de eso es una usurpación de la función ejecutiva.

LOM.- Y judicial porque al fin y al cabo el juez es quien tiene la competencia para aplicar el derecho al caso concreto.

LCSA.- Sí, pero yo soy el ejecutor de la sentencia, yo soy el que tengo que cumplirla y ahora le dicen a usted como la tiene que cumplir, de qué manera.

JGHG.- La ley.

LCSA.- Sí, la ley.

JGHG.- Sí, pero es que no solamente la rama ejecutiva sino también la judicial.

LCSA.- Pues claro

JGHG.- Aquí está de por medio el asunto del Derecho vivo, o viviente, con base en una tesis de la Corte Constitucional que tuvo origen en un caso relativo a las acciones de grupo. Resulta que la norma tenía unas palabras incomprensibles sobre el alcance de las acciones de grupo\*, sobre el motivo que podía dar lugar a la acción de grupo y eso, incomprensible, lo había venido entendiendo el Consejo de Estado en sus sentencias de una determinada manera -yo no me pronuncio aquí acerca de si me parece bien lo que hacía el Consejo de Estado o no-, y la Corte declaró inexecutable esas expresiones por la manera como las venía entendiendo y aplicando el Consejo de Estado.

LCSA.- Eso sin ponerle, sin hacer terrorismo jurídico, es un choque de trenes.

LOM.- Sí, eso generó obviamente una discrepancia entre las dos corporaciones por la autonomía judicial.

LCSA.- O sea que su competencia judicial no me interesa; la que prevalece es la mía. Luego seguimos con que está construyéndose en nuestro sistema constitucional un poder supra judicial, supra ejecutivo, porque ya le está diciendo al Consejo de Estado -que es una jurisdicción separada e independiente y autónoma- le está diciendo cómo debe fallar, indirectamente se lo está diciendo y está anulando, dejando sin efecto la norma y las decisiones del Consejo de Estado. Es decir, ¿no estaremos en una confusión jurídica tremenda?

LOM.- Lo que se evidencia es que se ha acercado el control abstracto al control concreto, entonces encuentra uno decisiones de control abstracto muy, muy cercanas o con visos de control concreto, y viceversa.

LCSA.- Por eso es que yo me pregunto aquí ¿en qué andamos?

LOM.- Pues a propósito de eso, ¿qué tan lejos estamos del control del año 10?

LCSA.- No, ya ni por semejas, como dijo alguno, se parecen ese control, que era sólo control, con el de hoy, que hoy no es control; fíjese usted, ¿qué es control? Control es moderación, límite, y resulta que esto que usted hace cuando interpreta la Constitución y la ley en el sentido actual, lo que se está haciendo es otra cosa diferente a controlar, así termine su fallo con una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad, usted lo que está haciendo es modular la ley, está diciendo cuál es el sentido de la Constitución, está quitándole efectos a decisiones legislativas, administrativas y judiciales y entonces ¿a eso llamamos control?

---

\* Decía el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, declarado inexecutable en esa parte mediante Sentencia C-569 del 8 de junio de 2004. M.P.: Dr. Rodrigo Uprimmy Yepes: "Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuren la responsabilidad".

Hay que redefinir, la conclusión de esta charla es que hay que redefinir el concepto de control de constitucionalidad, o seguimos hablando de control de constitucionalidad propiamente dicho, o pongámosle el nombre que corresponda a esa forma nueva de entender el control.

JGHG.- Poder constitucional.

LCSA.- El nuevo poder de interpretación constitucional, es un poder.

JGHG.- Sí, porque el concepto que hay en la Carta es el de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Entonces, lo que tiene que hacer el juez constitucional es defender ese conjunto que es la Constitución, esa integridad que es la Constitución frente a los ataques que se puedan presentar. Pero cuando ocurre algo como lo que pasó con el Acto Legislativo 1 de 2008, una reforma que hizo el Congreso en materia de carrera administrativa por vía de acto legislativo, con efectos temporales, y la Corte luego declara que eso es inexecutable porque se afectó la esencia misma de la Constitución, se pierde de vista lo que es la Constitución; so pretexto de defender la Constitución, se elimina parte de la Constitución, porque el Acto Legislativo se incorpora a la Constitución. Ya ese Acto Legislativo hace parte de la Constitución materialmente hablando, no me refiero a los aspectos de forma, sino al contenido; eso quiere decir que hay normas de la Constitución que pueden ser inconstitucionales, y eso depende del enfoque que tenga la Corte.

LCSA.- Lo único positivo que veo en estas formas, estas "modalidades de control" que ha ido creando la Corte Constitucional, es que tanto en el que ejercía la Corte Suprema, como en esta etapa, el juez de constitucionalidad se había centrado y preocupado primordialmente por la guarda de la supremacía y no se había preocupado del aspecto de la integridad. Ahora, cuando la Corte reconoce la existencia de un núcleo intocable, plantea el fenómeno de la integridad. Aspecto nuevo que les quiero hacer notar: antes importaba primordialmente la supremacía y se había descuidado la integridad, pero al defender la integridad así puede petrificar la Constitución; eso es lo que yo decía en *Ámbito Jurídico*: so pretexto de defender la integridad del núcleo, la esencia, van a petrificar la Constitución, desconociendo que la Constitución no tiene cláusulas pétreas.

JGHG.- Doctor SÁCHICA, el otro tema que a mí personalmente me ha inquietado, porque no me parece ni siquiera lógica la decisión, es en relación con la última emergencia social, la de la salud. La Corte declara inexecutable el decreto declaratorio de la emergencia porque las causas, los hechos, no fueron sobrevinientes, porque el Ejecutivo había podido tomar medidas, y yo estoy de

acuerdo con esa inconstitucionalidad; me parece que esa decisión de la Corte fue correcta. Pero después viene la Corte y dice: a pesar de que esta norma básica, el decreto declaratorio de la emergencia -en cuya virtud el Presidente asumió los poderes extraordinarios- es inexecutable, las normas que con base en él se habían dictado, que son tributarias, permanecerán en vigor hasta el 16 de diciembre, normas que afectaban a determinados sectores que tenían que pagar unos impuestos. Así, el decreto declaratorio se declara inexecutable, pero sin embargo las medidas siguen vigentes. Esto está conectado con otra tendencia que hay en la Corte -a la que yo me opuse cuando era magistrado; varias veces salvé mi voto-, que es la inconstitucionalidad con efectos diferidos; es decir, la norma es inconstitucional, el juez constitucional sabe que violó la Constitución y así lo declara, y sin embargo ese mismo juez dice: pero dejemos regir la norma durante nueve meses o un año más a ciencia y paciencia del órgano de control; dejémosla regir durante ese tiempo, porque su desaparición va a causar unos efectos negativos. Yo estimo que a través de eso la Corte permite o da permiso al Gobierno o al Congreso, según el caso, para que se siga violando por un tiempo la Constitución. Eso implica que falta a su deber de guardar con efectividad la supremacía constitucional.

LCSA.- Sí. En este proceso de transformación de la competencia de control en poder político -que sigue siendo mi tesis central-, en ese proceso de trasfiguración de una simple competencia judicial de control en un poder político, se juega con el espacio y con el tiempo. Se burlan del tiempo, pues las decisiones de la Corte Constitucional pueden tener efecto ultraactivo y también retroactivo, el tiempo no cuenta, desapareció el concepto de prescripción, de derogatoria, de inexecutable, porque inexecutable es inaplicabilidad hacia el futuro. Entonces no hay ninguna lógica en la decisión de un juez de constitucionalidad que dice: esto no tiene validez; y no siendo válida la norma, es inaplicable, pero "déjala vigente otro rato". Eso no es serio; es absurdo. Esa vigencia condicional, mientras el Congreso dicta una norma de acuerdo con lo que yo le ordeno, implica que, además, la Corte está legislando.

JGHG.- Porque después viene el Congreso y hace lo que la Corte le dijo y eso lo demandan y le toca a la Corte pronunciarse. Entonces está prejuzgando.

LCSA.- Y qué tal el caso de las "bases norteamericanas", como denominan el problema, que es una mala denominación porque no se trata de bases norteamericanas sino de bases colombianas que se mantienen en funcionamiento con cooperación técnica de los Estados Unidos. No se atreven a declarar la inexecutable y entonces dicen es que esto es un tratado y como tratado debe ir al Congreso y le sugieren al Gobierno presentar un proyecto de tratado. Invadieron también la competencia de dirección de las relaciones exteriores del Presidente de

la República, imenuda cosa!, ya no hablamos solo de las extensiones de la competencia en el interior del Estado sino en el sentido exterior. Fuera de que las demandas que se presentaron contra la agenda o el protocolo, por su materia, no son objeto de acción pública.

JGHG.- Eso lo dijimos cuando el Concordato. Yo salve mi voto precisamente porque la demanda contra el Concordato era intangible a la luz del Derecho Internacional. El Dr. Alfonso López Michelsen escribió entonces un editorial de EL TIEMPO en el mismo sentido.

LCSA.- Así es. Cómo es que dos ciudadanos demandan un tratado público y admiten la demanda. Entonces ¿un tratado público queda sin efecto por demanda de un ciudadano cualquiera? Creo que hemos descuidado -bueno yo no- los constitucionalistas, el estudio del control de constitucionalidad en ese frente, en el frente internacional, que puede ser muy sensible en las circunstancias actuales de Colombia.

JGHG.- La Corte llegó inclusive, en el año 97, en sentencia de la cual fue ponente el doctor Alejandro Martínez, a condicionar la constitucionalidad de la norma de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, que habla de *pacta sunt servanda*. Los pactos deben ser cumplidos de buena fe. Sí, pero mientras la Corte no encuentre que ese tratado, aunque ya esté ratificado, viola la Constitución. Entonces ya no hay *pacta sunt servanda*.

LCSA.- Eso ha sido manejado muy alegremente en zona peligrosa. Cuando era constitucionalista me pronuncié en contra del control sobre tratados internacionales, que era la tesis de la Corte Suprema de Justicia; decía: eso no es de competencia de un tribunal nacional, eso es de la esfera internacional, y la Corte se abstenía, no admitía las demandas.

LOM.- Cambiando de tema, quería hablar sobre la propuesta del doctor SÁCHICA, una propuesta de reforma al sistema de control de constitucionalidad en Colombia y que en esta revista publicamos. El doctor SÁCHICA propone un control previo de todas las leyes.

LCSA.- Sí, un control previo general, generalizado, de oficio inclusive.

LOM.- Lo que uno ha visto en la práctica de estos veinte años, a propósito de ese control previo, y hablo por ejemplo del caso de las leyes estatutarias, es que el control no se ha dado de una manera verdaderamente eficaz; siempre quedan dudas e inquietudes sobre el buen control que se ejerció sobre esos proyectos de ley. Me preocupa que por el fenómeno de la explosión legal no se pueda hacer un

control serio e integral de todas las leyes. Y además temo que el control que se ejerza sea supremamente precario porque en muchas ocasiones los problemas de las leyes se evidencian al momento de su aplicación. Esas son las inquietudes que me genera la propuesta.

LCSA.- Pero, Laura, ¿yo por qué hago tal propuesta? Sencillamente porque de hecho, en la práctica, hoy día no hay ninguna ley que no sea demandada.

JGHG.- En la práctica no hay ninguna ley que no sea demandada. Así es.

LCSA.- ¿Eso quiere decir que es muy eficaz el actual control? Lo que quiero corregir con esa propuesta es la incertidumbre; porque como todas las leyes están en entredicho mientras no salga el fallo de la Corte, se vacila en aplicarla hasta no conocer el resultado del proceso de constitucionalidad.

JGHG.- Y hay especulaciones.

LCSA.- Que se cae, que no se cae, que no sé qué cosas, o que la modulan..., eso es incertidumbre jurídica, inseguridad jurídica. Quiero curar la inseguridad jurídica. Porque en la situación actual es como si yo agregara en el artículo de la Constitución que dice que los proyectos de ley sólo serán leyes si son aprobados por el Congreso y "revisados por la Corte Constitucional", como si se agregara un requisito formal y eliminamos de paso el control que ejerce el Presidente de la República. Ese control preventivo queda eliminado para concentrar todo el control de constitucionalidad en la Corte que es el órgano que queremos que ejerza el control, ¿para qué el Presidente de la República? el control preventivo del Presidente de la República; la no sanción genera incertidumbre jurídica mientras se formulan las objeciones y las tramitan.

JGHG.- Entonces desaparecería también la acción pública, o por lo menos no sería necesaria.

LCSA.- Esto es un cambio total.

JGHG.- Y hablando de cosa juzgada, ¿la cosa juzgada en ese caso sería absoluta o relativa?

LCSA.- Si se quiere seguridad jurídica, debería ser absoluta.

JGHG.- Se lo digo doctor SÁCHICA por la experiencia que hemos tenido con las leyes estatutarias que tienen esa forma de control antes de la sanción presidencial. La Corte ha dicho que ese control tiene que ser integral y hace tránsito a cosa juzgada absoluta, y que después ningún ciudadano puede demandar; rechazan la

demanda si presenta demanda contra una ley estatutaria. La experiencia nos ha mostrado que la Corte -pues al fin y al cabo compuesta por seres humanos- se equivoca. En la Corte de la cual yo hice parte por ejemplo, está la Sentencia C-180 del año 94 relativa a la ley estatutaria de mecanismos de participación...

LCSA.- Inclusive la propia Corte, es la que tiene pronto interés en corregir.

LOM.- Se ha visto cómo la Corte en ciertas ocasiones termina corrigiendo en fallos posteriores los "errores" del pasado.

JGHG.- Yo participé en eso, en ese control y ¿qué es lo que hemos visto, doctor SÁCHICA? Que se equivoca la Corte y por ejemplo deja pasar el análisis de un artículo, no lo estudia, no lo mira.

LCSA.- ¡No lo vio!

JGHG.- No lo vio, no vio el problema y ello queda cobijado con la cosa juzgada absoluta

LCSA.- Entiendo, la objeción es válida; pero resulta que yo me encuentro con algo terrible y es la índole colombiana y el ambiente nuestro; tenga la seguridad de que si es el efecto de cosa juzgada es relativo, serán demandadas todas las leyes y nada se ganaría.

LCSA.- Sin embargo, tenemos que dar un giro. Considero que tenemos que restringir la acción pública. Los franceses sólo permiten un control promovido por organismos, no por el ciudadano. Tan libres y ciudadanos como son los franceses, pero solo el Gobierno, un cierto número de senadores o de lo que sea, el organismo tal, el organismo cual, pueden plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Consejo Constitucional. El mal es el exceso en el ejercicio de la acción de constitucionalidad, esa es la corruptela. Todo el mundo demanda todo. Todo el mundo dispara contra la ley y desestabiliza el orden jurídico. El más sabio de los sistemas de control de constitucionalidad judicial es el de Italia¿Les recuerdo un poquito el sistema?

JGHG.- Sí, claro.

LCSA.- Es maravilloso. La cuestión de constitucionalidad de la ley sólo se plantea dentro de un proceso, ya eso muy bueno, y es lo lógico; pero aquí no, aquí es un ejercicio académico, aquí hasta los estudiantes demandan como tarea.

JGHG.- Hay profesores que ponen como tarea demandar.

LCSA.- Eso no puede ser; una cosa de tanta importancia no puede ser un ejercicio de argumentación, de retórica.

Sí, es real, es más, yo lo padecí; presentaron, siendo yo magistrado, en un día ochenta demandas, eran ochenta los alumnos del curso. Nos expusieron a sanciones por violar los términos.

En Italia, si dentro de un proceso se le plantea al juez del proceso la duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable, entonces ese juez después de una seria ponderación, envía la cuestión a la Corte Constitucional para que defina sí o no, y de allá viene la respuesta: puede aplicar la ley porque es constitucional, no la aplique porque no es constitucional; sólo se plantea cuando es asunto práctico, sin crear dudas sobre la validez de la ley ni desgastar el aparato judicial.

LOM. Yo recuerdo que había una norma en el Decreto 2067 de 1991 que señalaba la posibilidad para que los jueces consultaran si la aplicación de una norma declarada ya exequible podría o no llegar a ser considerada inconstitucional en el caso particular.

JGHG. Ah sí, pero eso se declaró inexecutable en una sentencia de la que fue ponente el doctor Jorge Arango.

LOM. Sí, sobre la base de que la Corte no tenía atribuciones diferentes a las que la que le señalaba expresamente la Constitución.

JGHG.- Yo soy amigo de la acción pública; a mí si me gusta la acción pública porque le da oportunidad al ciudadano de defender su Constitución. Es democrático el sistema.

LCSA.- La teoría es impecable: el ciudadano defendiendo su Constitución como el soldado la integridad del territorio. Pero hay que mirar el entramado de intereses que subyace al proceso de constitucionalidad. Y una última reiteración sobre el punto central de este coloquio: un organismo de control no puede redefinir el objeto de control que tiene asignado, ya que entonces se confunde con él.

JGHG.- El tiempo se nos ha agotado. Ha sido muy interesante y muy amena esta charla con el doctor SÁCHICA, reconocido maestro del derecho constitucional. Mil gracias doctor SÁCHICA por acompañarnos y esperamos tenerlo de nuevo en nuestras páginas. Bienvenido siempre, porque además se nos quedaron muchos temas entre el tintero.

LCSA.- Gracias a Ustedes.