

**Pontificia Universidad Javeriana  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas  
Trabajo de Grado**

**Dr. Hernando Yepes  
Director Departamento de Derecho Constitucional**

**Dr. Francisco José Chaux Donado  
Director del Trabajo de Grado**

**“Comparación del control de constitucionalidad en Colombia y el control de  
constitucionalidad en los Estado Unidos de América”**

**Presentada por: María Carolina Penso D.**

**“Comparación del control de constitucionalidad en Colombia y el control de constitucionalidad en los Estado Unidos de América”**

## **RESUMEN:**

*La ley, dice citando a Píndaro, reina del mundo,  
de los hombres y de los dioses, justifica la fuerza  
que todo conduce de su mano soberana,  
(Chanteur Janine, 1980).*

La anterior cita de Chanteur Janine, publicada en 1980 con el título de “La loi” en Platón, en Archives de Philosophie du Droit, en Sirey, París, encierra la esencia de las normas, la calidad de supremacía de la razón objetivada, sobre la simple voluntad irrestricta, la superación del salvajismo por normas de conducta consideradas adecuadas, que permiten al Estado corregir al transgresor jurídico, inclusive mediante el uso de la fuerza. Es así como las normas necesitan de un control para su aplicación, de un garante en su correcto devenir, inclusive de un evaluador que examine, a la luz de los postulados del moderno Estado de Derecho el cumplimiento de los requisitos que le permiten a una disposición jurídica, convertirse en Ley. Y que mejor ley de leyes, que la Constitución.

La Constitución Política como norma fundante e hipótesis de validez del ordenamiento jurídico, es una norma jurídica, y como tal, para su correcta aplicación y desarrollo, necesita de un control, asunto que no ha sido ajeno a diferentes sistemas democráticos, como lo son los de Estados Unidos de América y la República de Colombia.

La Constitución es la base sobre la que se construye el orden de la sociedad, la cual recopilada en los diferentes principios, valores, derechos y obligaciones que permiten el funcionamiento del Estado y la relación entre las personas. Por esta razón la Constitución resulta ser un conjunto de normas con un valor trascendental, exigiéndose una protección especial. Pero ¿qué sucede cuando los diversos intereses buscan su modificación? ó incluso ¿cómo logra protegerse de las dinámicas políticas del día a día que amenazan -constantemente- con cambiar su naturaleza? y ¿cómo evitar que leyes inferiores a la Constitución vayan en contra de la misma?

Las anteriores preguntas y temores dieron origen al control constitucional, una herramienta que desde su aparición ha servido de protección para la norma fundamental. Entonces, ¿qué similitud tendría el control de constitucionalidad colombiano, con su particular historia y realidad frente a un sistema con una narrativa propia como lo es el estadounidense?

A través de la presente comparación se busca establecer las características y lazos en común entre los dos sistemas, que van más allá del plano comercial y militar adentrándose en una historia -desconocida por muchos- que permite entender el Control Constitucional.

**Palabras claves:** Constitución, Constitucionalismo, Supremacía Constitucional, Rama Judicial, Control constitucional y Judicial Review.

## **NOTA DE ADVERTENCIA**

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

## **TABLA DE CONTENIDO**

- I. Introducción**
- II. Objetivos**
  - II.i. Objetivo Principal**
  - II.ii. Objetivos Secundarios**
- III. Antecedentes**
- IV. Orígenes del sistema**
  - IV.i. Orígenes del Judicial Review**
  - IV.ii. Orígenes del Control Constitucional en Colombia**
- V. Implementación y funcionamiento del Judicial Review**
  - V.i. Funciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos como Tribunal Constitucional**
- VI. Implementación y funcionamiento del Control Constitucional en Colombia**
  - VI.i. Funciones de la Corte Constitucional en Colombia**
  - VI.ii. Acción de inconstitucionalidad**
  - VI.iii. Excepción de inconstitucionalidad**
  - VI.iv. Funciones del Consejo de Estado**
- VII. Comparación**
  - VII.i. Similitudes de los sistemas de control constitucional**
  - VII.ii. Diferencias de los sistemas de control constitucional**
- VIII. Conclusiones**
- IX. Bibliografía**

## **“Comparación del control de constitucionalidad de Colombia y el Judicial Review de Estados Unidos de América”**

### **I. INTRODUCCIÓN**

*Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en una misma persona o corporación, entonces no hay libertad, porque es de temer que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo. Así sucede también cuando el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Estando unido al primero, el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador y, estando unido al segundo, sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor. En el Estado en que un hombre solo, o una sola corporación de próceres, o de nobles, o del pueblo administrase los tres poderes, y tuviese la facultad de hacer las leyes, de ejecutar las resoluciones públicas y de juzgar los crímenes y contiendas de los particulares, todo se perdería enteramente.<sup>1</sup>*

Los planteamientos de Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, se convertirían en un ideal para la ilustración, siendo su meta la superación del absolutismo y la creación del moderno Estado de Derecho.

Planteamientos liberales como los de Locke, Montesquieu, Rousseau, Madison, Hamilton y Jay, permitieron que el mundo diera un vuelco del absolutismo medieval al iluminismo moderno, pero antes que cayera la Bastilla en 1789, en Norteamérica se abrió paso a la

---

<sup>1</sup> Montesquieu, C. “El espíritu de las leyes”. Londres Por Rosa. 1748.

primera República democrática de occidente, la cual empezaría con la declaración de independencia de los Estados Unidos en 1776.

Con la culminación de la independencia de las 13 colonias británicas en Norte América, se crearía no solo un hito para el nuevo mundo, sino un nuevo tipo de Estado cuyo fundamento no sería la tradición, la sangre o la religión, un Estado creado a partir de normas, donde la voluntad del pueblo primara sobre la voluntad del Rey, un Estado donde el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer por la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para sí y sus descendientes los beneficios de la libertad<sup>2</sup>, creará como nuevo titular del poder soberano, una Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico.

Se creaba así un Estado de Derecho, donde la abstención y la reserva de acción de la autoridad estatal son el punto focal para garantizar los derechos fundamentales de libertad. De tal suerte que el *“Estado Constitucional de Derecho se fue estableciendo bajo dos principios fundamentales: la división y equilibrio de los poderes estatales y la dignidad de la persona humana con los derechos que le son inherentes, todo ello establecido en una ley fundamental y suprema que es la Constitución, la cual se presenta para presidir la validez formal y sustancial de todas las normas infraconstitucionales que integran el orden jurídico del Estado, otorgando la seguridad y unidad que éste implica”*<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Preamble de la Constitución de Filadelfia de 1787.

<sup>3</sup> Haro, R. “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”. UNAM. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 2004, Pág. 44.

La ilustración decimonónica con sus ideales de democracia liberal, no solo se abrió paso con la independencia de las 13 colonias británicas en el nuevo mundo o con la Revolución Francesa de 1789. En grado significativo las independencias latinoamericanas representaron una conquista del pensamiento liberal ilustrado.

Colombia no dejó de ser uno de los nuevos países en adoptar el constitucionalismo y por lo tanto el Estado de Derecho, la creación de un sistema legal propio -autóctono, que sin embargo recibiría constante influencia extranjera-, permitió que en 1910, con el Acto legislativo 3, se estableciera de una manera muy Colombiana una forma de control constitucional.

La constitución Colombiana, mantiene unas características propias y distintivas frente a los rasgos que tiene la figura del control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Países que a través de los años han tenido una intensa relación, y con la llegada del siglo XXI tiende a aumentar. Hoy en día la importancia del control de constitucionalidad no es para nada intrascendente, tangencial o accesorio, es a todas luces uno de los asuntos más importantes que pueden existir en el constitucionalismo occidental, pues se trata del mecanismo a través del cual se protege, pero además se interpreta la norma superior del ordenamiento jurídico.

El punto de partida para el estudio comparativo será el origen de cada uno de estos sistemas que para el caso colombiano es menos lineal a lo ocurrido con el *Judicial Review*, ya que la Constitución de 1991, significó el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad que marco una diferencia en aspectos trascendentales frente al existente

en Colombia por casi un siglo, contenido en la Constitución de 1886, creando instituciones y mecanismos nuevos para el orden constitucional patrio.

Por otro lado, encontramos el sistema del *Judicial Review*, que fue implementado en la naciente República de los Estados Unidos por el Chief Justice John Marshall, con el famoso fallo de 1803 de Marbury Vs Madison, sin encontrarse una sola disposición normativa en la Constitución de Filadelfia de 1787 que hiciera referencia a dicha competencia, lo que hace de este un caso sin precedentes<sup>4</sup>.

Adicionalmente al origen, este estudio compara la forma como se protege la integridad y supremacía de la norma fundante de cada uno de estos sistemas jurídicos, que aunque divergen en cuanto a sus orígenes, en las últimas décadas han convergido en numerosas características.

Como primera medida, es menester aclarar la estructura del documento presentado. Para ubicarnos, el punto de partida tiene que ver con el tipo de estudio, tratándose de un análisis comparativo entre dos países evidentemente relacionados, estos son Estados Unidos, por ser el primero en adoptar el Control Constitucional y Colombia, por ser el eje local con el cual se quiere realizar un paralelo.

---

<sup>4</sup> Existen autores como Roberto Blanco Valdés, catedrático de derecho constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela, que en su obra "La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana" (1996), asegura que la existencia de un Judicial Review es precedente al famoso fallo, pero la claridad de su ejercicio a nivel nacional si se debe a dicho fallo.

El enfoque bajo el cual se asumirá el análisis es el Jurídico-Institucional, en la medida que se tomará la norma constitucional de cada país involucrado como base del análisis.

El presente trabajo está compuesto por ocho capítulos, comenzando por los objetivos, general y secundarios, que giran en torno al entendimiento del sistema de control constitucional de ambos países para lograr recalcar las similitudes y diferencias existentes entre ambos. Una vez claros los objetivos, pasaremos a estudiar los antecedentes, los orígenes del sistema de *Judicial Review* en los Estados Unidos y el origen del sistema de control constitucional en Colombia, las funciones de la los Tribunales Constitucionales; Corte Suprema de Estados Unidos, Corte Constitucional de Colombia, Consejo de Estado y otras autoridades, que actúan como órganos supremos del control constitucional en dichos Estados.

Posteriormente, se revisará la implementación y funcionamiento del control constitucional en los países objeto de estudio, para luego proceder a describir los puntos de similitud y divergencia, a partir de la comparación de los resultados arrojados por la investigación a lo largo de los capítulos, para finalmente concluir que ambos sistemas mantienen el mismo objetivo, la protección y salvaguarda de la Constitución, esto es la integridad del texto supremo o *Supreme Law of the Land*.

Podemos decir que ambos sistemas se caracterizan por la pluralidad de intervinientes, más aun ni la Constitución de Filadelfia o la Constitución de 1991, establecen una definición

exacta de lo que es la Constitución, la cual es operada por jueces y magistrados de todos los niveles y jurisdicciones<sup>5</sup>.

Un punto de divergencia, será evidenciado en el desarrollo histórico que dio lugar a la existencia de uno y otro sistema, marcando asimismo una diferenciación en su aplicación y funcionamiento.

A continuación se mostrarán los objetivos que fundamentarán la estructura de este proceso comparativo.

---

<sup>5</sup> Se hace referencia a la pluralidad de jurisdicciones para el caso colombiano, ya que se ha entendido en el sistema patrio la multiplicidad de las mismas.

## **II. OBJETIVOS**

### **i. Objetivo Principal**

Realizar un estudio comparado entre los dos sistemas de control de constitucionalidad.

### **ii. Objetivos Secundarios**

1. Analizar los orígenes y alcance de cada uno de los sistemas.
2. Establecer paralelos entre las sentencias hito de cada sistema.
3. Establecer los puntos de divergencia y convergencia de los dos sistemas.
4. Entender las tendencias del control constitucional en Colombia y en los Estados Unidos, y la influencia de este último sobre el primero.
5. Encuadrar el control constitucional en Colombia, bien sea como sistema difuso, concentrado o mixto.
6. Considerar al *Judicial Review*, más como un sistema mixto que puramente difuso, a partir de sus características actuales.

Para el adecuado desarrollo de este trabajo, es necesario revisar ciertos aspectos generales del constitucionalismo, los cuales se plantearán a continuación:

### III. ANTECEDENTES

El constitucionalismo tiene diferentes antecedentes. Entre ellos se pueden mencionar los que señala Martín Alonso Estrada:

*“el hecho de que los pueblos en los primeros tiempos de la historia negaban los derechos de todos los individuos por un lado; por otro en la antigüedad oriental, en las monarquías teocráticas absolutistas, los reyes eran el centro de poder, pero tenían que obedecer ciertas reglas, como en la india con las leyes de Manú<sup>6</sup> o los Hebreos con las leyes determinadas por Jehová; en Grecia con algunos eslabones de la democracia, como en los derechos de los ciudadanos de las polis, en Roma los derechos del hombre sobre el Estado; e incluso las cartas y fueros<sup>7</sup> que surgen en la sociedad medieval y posteriormente los fueros españoles. Pero en el constitucionalismo, se atribuye principalmente a La Carta Magna suscrita en 1215 por el rey Juan Sin Tierra de Inglaterra, como primer antecedente importante”<sup>8</sup>.*

---

<sup>6</sup> Gutiérrez Zuloaga, Isabel. “Introducción a la historia de la logopedia” Editorial Nercea S.A. 1997. Pág. 27.O Manava-Dharma-Zastra: Es un código de principios y de normas para regular la realidad social hindú.

<sup>7</sup> Las cartas y Fueros eran una variedad de textos que de una manera u otra contienen alguna regulación de alcance local, como una especie de normas que atienden a la regulación de la vida local. Barrero, A y Alonso, M. “Textos de Derecho Local Español en la edad media: Catalogo de Fueros y Costums municipales”. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Ciencias Jurídicas. Biblioteca Nacional de Madrid. 1989. Pág. 18.

<sup>8</sup> Estrada, M. “Principios constitucionales del derecho a la información”. UNMSM. Biblioteca de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas. 1998. Pág. 9 Cap I.

El constitucionalismo occidental tiene su génesis en procesos liberales ilustrados encontrando sus raíces en cuatro hechos históricos fundamentales: la revolución inglesa y su proceso constitucional consuetudinario, la independencia de los Estados Unidos de 1776, la revolución francesa de 1789 y las independencias latinoamericanas de 1810. Estos procesos históricos fueron clave para derrocar las monarquías absolutistas, declarar los derechos fundamentales de las personas, establecer la superioridad de la norma sobre la voluntad del gobernante y consagrar una estructura del Estado bajo el esquema garantista de la separación de poderes; esto es la creación del Estado de Derecho liberal burgués.

Es necesario tener claridad sobre el significado dado a una Constitución. Para este efecto, no está de más, citar a Vladimiro Naranjo, quien establece que:

*“la Constitución es una norma que rige un grupo de personas. Puede ser material o formal. (...) es material aquella (...) que consagra un conjunto de normas jurídicas, escritas o no, que determinan la estructura del Estado es decir, el régimen político; (...) se habla de formales a todas las normas jurídicas distintas a las normas legales ordinarias; es un documento legal en el que se recoge, sistematiza y organiza el sistema político de un país, siendo su ley fundamental y son elaboradas por órganos especialmente constituidos para tal fin, comúnmente llamados constituyentes. (...) El objeto de una Constitución se considera doble: de un lado organiza el ejercicio del poder en el Estado. Desde este punto de vista puede afirmarse que ella establece las reglas de juego de la vida institucional; de otro lado, la Constitución consagra los principios que*

*servirán de guía para la acción de los órganos de poder público, reflejando así determinada filosofía política”<sup>9</sup>.*

*“Así mismo, las Constituciones pueden ser escritas o no, para este caso se toma como referencia constituciones escritas, que son instituciones centrales del orden político y poderosos símbolos del Estado”<sup>10</sup>.*

Aunque las cartas constitucionales deben ser cumplidas a plenitud, se han visto casos en donde las constituciones han sido efímeras, o sea no han tenido efectividad ni larga duración, y esto normalmente se debe a diversas situaciones que traban y dificultan el cumplimiento de la norma, ó porque debido a que las sociedades son dinámicas, sus constituciones se deben adecuar e ir evolucionando en el mismo sentido que ellas, cumpliendo así con las expectativas que sobre la Constitución misma recaen.

En diversas épocas y lugares la duración de las constituciones ha variado, por lo que el establecimiento de un régimen constitucional duradero ha sido algo difícil. Esta inestabilidad puede tener consecuencias trascendentales en una época en que las constituciones se erigen como piezas centrales de la reconstrucción política.

---

<sup>9</sup> Naranjo, V. “Teoría constitucional e instituciones políticas”. 7ª. Ed. Santafé de Bogotá: Temis. 1997. Págs.: 333- 334.

<sup>10</sup> Elkins, Ginsburg y Melton. “The Endurance of National Constitution”. Ed. Cambridge University Press. 2009. Pág: 36.

En países como Estados Unidos y Colombia, donde el constitucionalismo tiene una considerable tradición<sup>11</sup>, el control de constitucionalidad se erige como un elemento característico del sistema constitucional, dándose así como una garantía de control frente a los actos de los diversos órganos, ya que siendo la constitución la norma legitimadora del poder, se debe tener un especial cuidado de que las leyes inferiores vayan de acuerdo con la misma.

Académicos como Tom Ginsburg, James Melton y Zachary Elkins, autores del libro “*The Endurance of National Constitution*”, publicado en 2009 por la Universidad de Cambridge, han teorizado como la evolución constante de las constituciones refuerza estas normas escritas para que sean más duraderas.

Al documentar el fenómeno de la mortalidad constitucional, estos teóricos del constitucionalismo, esperan responder algunos interrogantes, pero, al mismo tiempo, elevar otros para su posterior análisis en estudios comparativos constitucionales. Lo anterior deja en manifiesto la relevancia del presente trabajo, que muestra de antemano la intención de conocer una de las formas en que se puede mantener y proteger a las constituciones, lo cual es el control constitucional. Sobre este tema, veamos algunos trabajos anteriores:

Existen referencias dentro de este campo los trabajos de: Fernando Santaolalla (2004), quien realiza en el libro “*Derecho Constitucional*” una descripción del control

---

<sup>11</sup> Vale decir que aun considerando los problemas profundos y difíciles que tiene Colombia, cuenta con una de las tradiciones constitucionales más antiguas del mundo.

constitucional en Estados Unidos y en Europa. Años atrás Danielle E. Finck (1997)<sup>12</sup> enuncia ejemplos sobre el *Judicial Review*, y las diferencias que este tiene con respecto al control de constitucionalidad desarrollado en Alemania.

Por su parte el profesor argentino Ricardo Haro (2004), ha dedicado la mayor parte de sus esfuerzos a estudiar el tema del poder y el control, y se le reconoce la obra titulada “*El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales*”, a partir del cual se analiza el sistema de control constitucional estadounidense y el europeo, junto con temas como la supremacía constitucional.

El trabajo del último autor nos aproxima de forma concisa en la importancia y la razón de ser del control de constitucional, al afirmar que:

*“Es un Estado de Derecho auténtico, aquel que establece los procedimientos jurídico-institucionales para limitar, pero también para controlar los posibles excesos tanto del poder estatal como de los poderes individuales y sociales”.*

*“Es por eso que ante los posibles excesos la Constitución proteja a las personas, pero así mismo requiera ser protegida para proteger, no solo el poder político, sino también los derechos individuales y sociales en cuyo ejercicio a menudo se configuran los abusos del derecho, “pues todos*

---

<sup>12</sup> Santaolalla, F. “Derecho Constitucional”. Dykinson S.L. & Finck, D. “The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court”. Boston College International and Comparative Law Review Volume 20 | Issue 1 Article 5, 12-1. 1997.

*ellos constituyen centros de expansión de sus potestades y de sus derechos, respectivamente, que deben ser limitados para evitar tanto el autoritarismo o el totalitarismo del Estado, como la anarquía, el caos y la ley de la selva en la sociedad, pues esto ya nos llevaría por la grave pendiente de la marginación de la ley y de desintegración del orden jurídico”<sup>13</sup>.*

Así mismo, se resalta el libro de Roberto Scarciglia (2011) “Introducción al Derecho Constitucional Comparado” en el que destaca la importancia de: *“comparar las constituciones desde sus orígenes hasta su implementación para poder aportar al conocimiento de las normas que rigen el quehacer político y social de las personas que viven en Estados con historia constitucional”<sup>14</sup>.*

Enunciado esto, pasemos entonces a observar los orígenes del sistema de control constitucional, tanto de Estados Unidos como el de Colombia, teniendo en cuenta los diferentes autores y avances históricos que han dado lugar a la forma de control que se ejerce en cada país actualmente.

---

<sup>13</sup> Haro, R. “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”. UNAM. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 2004, Pág. 45.

<sup>14</sup> Scarciglia, R. Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Dykinson S.L. 2011. Pág. 21.

#### **IV. ORÍGENES DEL SISTEMA**

Los orígenes de los Sistemas de Control Constitucional que se abarcan a continuación permitirán tener una visión general de las particularidades de cada uno de ellos.

Se puede resaltar que los orígenes del Sistema de Control Constitucional, van de la mano con el hecho que las Constituciones son normas a implementar, compuestas por un conjunto de normas, las cuales pueden ser interpretadas de muchas maneras, y la noción de la revisión judicial es un punto de debate sobre la manera en que deben ser entendidas y aplicadas las normas de la Constitución.

Los diferentes medios por los que se emplea el control constitucional son una respuesta a los diferentes abusos que ha soportado el pueblo occidental. Es claro que a través de la historia, el ser humano ha tratado de crear o descubrir una jerarquía de las leyes y velar por la observancia de esta jerarquía; dicha búsqueda no es más que un intento perpetuo del ser humano para encontrar algo inmutable en el cambio continuo que constituye el destino, es decir, el querer conseguir algo seguro y perdurable dentro de lo desconocido y cambiante de la existencia.

*“De ahí que la Ley Superior, la constitución, sea una representación de eso mismo, un reflejo de los valores fundamentales de la sociedad que deben permanecer. Una ley que contravenga esta ley superior no puede ser una ley, y la revisión judicial es una forma de asegurar que esas leyes dejan de existir. La doctrina de revisión judicial está en la raíz de las*

*teorías del derecho natural, e implica el derecho a desobedecer la ley injusta. La revisión judicial proporciona los medios para impedir el ejercicio arbitrario del poder”<sup>15</sup>.*

*“La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes requiere por lo menos tres condiciones para que funcione en un determinado sistema constitucional. En primer lugar, se requiere la existencia de una constitución escrita, que se concibe como una ley superior y fundamental con clara supremacía sobre todas las demás leyes. En segundo lugar, la constitución debe ser de un carácter rígido, las modificaciones o reformas que se introduzcan sólo puede llevarse a la práctica por medio de un proceso en particular. En tercer lugar, la Constitución debe establecer los mecanismos judiciales para garantizar la supremacía de la Constitución sobre los actos legislativos”<sup>16</sup>.*

Los ordenamientos jurídicos colombiano y estadounidense, cumplen con lo anterior (constituciones escritas, reformas a través de un proceso preestablecido y existen mecanismos judiciales para garantizar la supremacía de la constitución), y los orígenes jurídicos e históricos han permitido que se consolide la institucionalidad constitucional, y que se establezca esa jerarquía que los seres humanos buscan por naturaleza en las normas que los rigen. Por lo que se prosigue con los orígenes en cada país del Control de la Constitución.

---

<sup>15</sup> Finck, R. (op.cit.p.124)

<sup>16</sup> Finck, R. (op.cit.p.125)

## **i. Orígenes del Judicial Review.**

Para revisar el control constitucional, se debe contextualizar la historia de la norma superior- la Constitución Nacional- norma que no deja de ser un producto histórico, de un momento determinado, situación que responde a los acontecimientos que han definido la identidad de un pueblo<sup>17</sup>.

Estados Unidos es un ejemplo de cómo en los: *“primeros Estados donde se instauraron constituciones como normas rectoras, los poderes públicos se encauzaron a ejercitar los contenidos básicos de la Constitución, por ser mandatos expresos de la voluntad popular y, por ende, mandatos ineludibles en su cumplimiento”*<sup>18</sup>. *“Así entendido, con la promulgación de la Constitución Norteamericana en 1787, se dio paso al constitucionalismo moderno, cuya particularidad fue el establecimiento del principio de separación de poderes, un procedimiento para la creación de leyes ordinarias y otro específico para la modificación de la Constitución -modelo de rigidez constitucional-”*<sup>19</sup>.

Las respuestas a muchas preguntas y preocupaciones políticas, y gubernamentales no se encontraban dentro de la propia Constitución y es esta vaguedad, la que permitió la creación del *Judicial Review*.

---

<sup>17</sup> Creo que una constitución no puede encuadrarse únicamente en un criterio racional normativo o histórico o sociológico, estos se unen para determinar y hacer lo que hace a una Constitución una Constitución nacional y propia.

<sup>18</sup> Blanco Valdez, Roberto. “El valor de la Constitución”. Madrid, Alianza. 2006. Pág. 249-256.

<sup>19</sup> Blanco Valdez, Roberto. “El valor de la Constitución”. Madrid, Alianza. 2006. Pág. 103.

Ahora bien, la Constitución de Filadelfia entregó a la Corte Suprema de los Estados Unidos las facultades establecidas en el Artículo III sección 2, esto es conocer de todos los casos que surjan en virtud de la Constitución, tanto en derecho como en equidad.

Sin embargo, la naturaleza y los límites del poder judicial no se delimitan, ni se explican dentro de la carta Norteamericana.

En efecto, la Constitución no otorga explícitamente facultad a los tribunales federales para anular leyes aprobadas por el Congreso o incluso para anular las normas expedidas por las legislaturas estatales, pero en gracia de discusión, tampoco descarta la existencia de esta facultad en cabeza de la rama jurisdiccional. Sin embargo, a pesar de la falta de un mandato claro para la revisión judicial, la Corte Suprema ha ejercido ese poder y ha dejado una clara huella en la historia estadounidense.

El Artículo sexto de la constitución norteamericana establece lo siguiente:

*“La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaren y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país. Los jueces de cada estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier estado.”*

Lo anterior, sumado al mencionado artículo III, sección 2, deja claro que la Constitución es la norma suprema o ley superior del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, pero también da cuenta de cómo el control de constitucionalidad no se establece explícitamente

en la constitución de ese país. Tal como lo indica Ricardo Haro: *“el control de constitucionalidad de las leyes, el cual, como se advierte, no está explícitamente establecido en los textos constitucionales, sino que surge de ellos a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema en ejercicio de sus poderes implícitos y de las normas legales como el Judiciary Act de 1789 habilita a la Corte Suprema a contrastar que los enunciados legales respeten los mandatos superiores, de tal manera que se puede ordenar en la sede judicial, la aplicación o no de la norma por consideraciones de constitucionalidad”*<sup>20</sup>.

Posteriormente el profesor Ricardo Haro (2004), plantea que *“la denominación de sistema difuso o no especializado de control de constitucionalidad, proviene del hecho de que el control es ejercido por cualquier juez o tribunal, cualquiera sea su jerarquía o su fuero.”*<sup>21</sup>  
(Más adelante se profundizara en las características de un sistema difuso.

Ahora bien, la variante del control constitucional estadounidense, se trata de una *“creación de su jurisprudencia y, en concreto, de la sentencia del Tribunal Supremo, presidido por el juez Marshall, en el caso Marbury contra Madison en 1803, si bien ya antes lo había defendido Hamilton en El Federalista”*<sup>22</sup>.

Todo surge del galimatías político que se vivió a raíz de las elecciones presidenciales de 1800. El presidente John Adams (federalista) después de ser vencido por Thomas Jefferson

---

<sup>20</sup> Haro, R. (op.cit.p.50)

<sup>21</sup> Haro, R. (op.cit.p.50)

<sup>22</sup> Hamilton, A., Madison, J. & Jay, J. “El Federalista”. Fondo de Cultura Económica. 2001. Citado por Santaolalla. (op.cit.p.576).

(republicano demócrata), nombró a cuarenta y dos jueces de paz para el distrito de Columbia, entre ellos a William Marbury. Tales nombramientos cumplieron con las formalidades necesarias: el Senado confirmó los nombramientos e iban firmados por el presidente, llevando el sello de los Estados Unidos.

El encargado de entregar las comisiones era el secretario de Estado. Con el cambio de gobierno provino un nuevo secretario de estado, James Madison, situación en la cual quedaron por fuera la entrega de las comisiones a cuatro de los jueces de paz (William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, and William Harper).

El nuevo gobierno no entregó los nombramientos (el papel) a los designados jueces en un intento por frenar la toma de la rama judicial por parte de los federalistas. Por ende, los jueces nombrados y a quienes no les entregaron sus comisiones, encabezados por William Marbury acudieron a la Corte Suprema para que éstas les fueran entregadas, por intermedio de la interposición de un *Right of Mandamus*, competencia que había sido atribuida a la Corte Suprema por la sección 13 del Acto judicial de 1789.

El presidente de la Corte Suprema, John Marshall entregó la opinión de la Corte, en la cual se argumentó que dicho Tribunal no era competente para resolver el caso ya que la atribución realizada por la sección 13 del Judiciary Act de 1789, era inconstitucional al ampliar la competencia de la Corte a algo no considerado por la Constitución.

La decisión de 1803 de *Marbury vs Madison* fue el primer fallo de la Corte Suprema en donde afirmó y utilizó la facultad del *Judicial Review*, esto es la capacidad para no aplicar las leyes por considerarlas contrarias a la Constitución.

Como describe Danielle Finck (1997): “según el magistrado jefe del Tribunal Supremo Marshall, el artículo III de la Constitución atribuye al Tribunal la facultad de ejercer la jurisdicción original en los casos relativos a embajadores y cónsules otros o cuando un Estado es parte. De lo contrario, el Tribunal Supremo puede ejercer jurisdicción de apelación. En la última parte de su opinión, Marshall analiza por qué la Corte, en lugar de otra rama del gobierno, debe tener la facultad de dictar, sobre la constitucionalidad de los textos legislativos, y ofrece varias justificaciones para la revisión judicial. En primer lugar, afirma que la Constitución controla cualquier acto legislativo repugnante a ella, y el hecho de que la Constitución está escrita requiere una revisión judicial. Dice: "La distinción entre un gobierno con poderes limitados e ilimitados es abolida, si esos límites no se limita a las personas a quienes se les impone, y si los actos prohibidos y actos permitidos son de la misma obligación.”<sup>23</sup>.

“En segundo lugar, Marshall sostiene que porque los jueces hacen un juramento de defender la Constitución, deben tener la facultad de revisión judicial. Aunque todos los funcionarios del gobierno toman tal juramento, Marshall afirma que este juramento se aplica de manera especial a la conducta de los jueces en sus funciones oficiales. Un juez no puede jurar a ejercer sus funciones correctamente a la Constitución de los Estados

---

<sup>23</sup> Finck. (op.cit.p.139-141)

*Unidos si la Constitución no forma regla para el poder judicial y si la Constitución no puede ser interpretada por el poder judicial”<sup>24</sup>.*

*“En tercer lugar, Marshall basa su argumento en el Artículo III, Sección 2 de la Constitución, y concluye: Es enfáticamente la provincia y el deber del departamento judicial decir cuál es la ley. Según Marshall, el artículo III amplía el poder judicial de los Estados Unidos a todos los casos que se presenten en la Constitución. Marshall afirma que esta concesión de jurisdicción no tendría sentido si los tribunales no tienen autoridad para examinar la constitucionalidad de los actos del Congreso”<sup>25</sup>.*

*“En cuarto lugar, Marshall se centra en las nociones de funciones judiciales, afirmando que es el papel de los tribunales ordinarios para interpretar la ley. Ese papel, Marshall afirma, exige a los jueces para interpretar la Constitución en el curso ordinario de los negocios. Finalmente, Marshall afirma que la Cláusula de Supremacía le da credibilidad a la existencia de un control jurisdiccional. Las leyes se harán en cumplimiento de la Constitución, y un acto contrario a la Constitución no debe ser puesto en práctica”<sup>26</sup>.*

Marshall señala que la “constitución nació con la finalidad de limitar el poder de los órganos del Estado. En otro caso no se comprendería su existencia. La constitución puede valorarse como de rango superior a las restantes leyes o como poseedora del mismo rango. Si se opta por lo primero, quiere decirse que toda ley que resulte contraria no puede admitirse como tal ley. Pues si una ley ordinaria pudiese derogar lo dispuesto en la

---

<sup>24</sup> Finck. (op.cit.p.139-141)

<sup>25</sup> Finck. (op.cit.p.139-141)

<sup>26</sup> Finck. (op.cit.p.141)

*Constitución, sería reconocer que la misma carece de carácter superior. Si se opta por lo segundo, entonces la finalidad de la Constitución, de ordenar las instituciones del estado, sería un absurdo, pues pretendería algo imposible: sus mandatos podrían ser contradichos por las leyes posteriores. Así las cosas (...) no puede considerarse que el pueblo quiso una Constitución inútil. De este modo, la única conclusión lógica es que la Constitución conlleva su supremacía sobre las restantes leyes, no pueden hacerlo con una que no es tal por infringir la Constitución. Lo que significa que los mismos disponen de un poder implícito que les habilita para verificar si las leyes se adecuan a la Constitución y, consecuentemente, para dejar de aplicarlas cuando lleguen a una conclusión negativa”<sup>27</sup>*

Pero los planteamientos del *Judicial Review* dados en la sentencia de *Marbury Vs Madison*, no se consolidaron únicamente por ese pronunciamiento. Éstos necesitarían de fallos posteriores que reforzarían la posición de la Corte, dando así cabida a que existiera en los Estados Unidos un sistema de control de constitucionalidad. Esta función establece la autoridad más significativa para la Corte Suprema de los Estados Unidos, y convierte a ésta institución en el primer tribunal constitucional de la historia.

Un ejemplo es el caso de *McCulloch contra Maryland* del año 1819. La controversia surge a partir de que el estado de Maryland pretende impedir la operación del “Second Bank of the United States”, un banco nacional incorporado por el Congreso, ya que tal banco no contaba con el permiso del estado para abrir sucursales allí. En ese orden de ideas, el estado de Maryland decidió imponerle un gravamen al banco. Como reacción a esto, James

---

<sup>27</sup> Sentencia *Marbury vs. Madison*. Caso 5 U.S. 137 1803.

William McCulloch, gerente de la sucursal del banco en Baltimore se rehusó a pagar tal impuesto. El caso llegó a la Corte Suprema, cuyo presidente en el momento era el Chief Justice John Marshall, quién concluyó que el Congreso si era competente para crear el banco, derivado de la facultad establecida en el artículo 1, sección 8, en donde el Congreso es quien tiene la autoridad de crear impuestos y distribuir fondos. De igual forma se determinó que el estado de Maryland al gravar al banco, estaba violando la Constitución.

El sistema descentralizado de revisión, que tuvo su origen precisamente en los Estados Unidos, da a todos los órganos judiciales la facultad de determinar la constitucionalidad de la legislación. La razón es, a primera vista, lógica y simple, ya que es precisamente esa, la función del poder judicial para interpretar las leyes y aplicarlas en un caso concreto. Una norma constitucional prevalece sobre una norma legislativa ordinaria con la que entre en conflicto.

Pero la necesidad o no, de un Control de Constitucional o la relevancia del mismo, no sería un tema pacífico en la doctrina constitucional estadounidense. La creación del *Judicial Review*, desarrollaría todo un debate sobre este asunto, permitiendo el intercambio de ideas de la mayor trascendencia para la evolución del constitucionalismo, el cual continúa hasta nuestros días.

Un primer momento del debate sobre la necesidad del *Judicial Review*, se encuentra en los planteamientos de Thomas Jefferson, quien en una serie de intercambios con James Madison argumenta que las constituciones deben ser reescritas para cada generación,

declarando la famosa frase según la cual: “*the dead should not govern the living*”. Llegando incluso a proponer una fecha de expiración para la Constitución de 90 años.

*“Todo esto tiene sentido teniendo en cuenta que el mundo experimenta ciertas transformaciones y cambios de paradigmas que dan lugar a nuevas normas formales e informales, y entre esas instituciones la constitución es una de ellas”*<sup>28</sup>.

La conclusión a la que llega Jefferson es clara, las constituciones tienen fecha de expiración, que algunas hayan durado más que otras se debe a cambios estructurales y circunstanciales diferentes en cada caso<sup>29</sup>.

Pero mientras una constitución expira, estas han creado una serie de instituciones con funciones propias, todo al mejor estilo del *checks and balances*, así para Jefferson cada uno de los órganos del Estado debía leer la constitución e interpretarla de manera armónica con sus funciones, sin vulnerar las competencias de las otras instituciones, sin existir una preponderancia en la interpretación judicial. Incluso puede considerarse que para Jefferson la interpretación correcta de la Constitución sería la plantada por el pueblo a través de sus funciones, “*Let the voice of the people be supreme*”<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Madison, James. Letter to Thomas Jefferson, October 17, 1788. La carta está disponible en línea, por ejemplo en: <http://www.revolutionary-war-and-beyond.com/james-madison-letter-to-thomas-jefferson-october-17-1788.html> consultado el 8 de Octubre de 2012.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> Conferencia judicial de los Estados Unidos de 1977.

Por su parte Madison abogaría por el peligro de no proteger la Constitución, y de que siempre que la potencia real en un gobierno se encuentra, existe el peligro de la opresión. En nuestros gobiernos el poder real reside en la mayor parte de la Comunidad, y la invasión de los derechos privados es principalmente para ser aprehendido, no de los actos de gobierno contrario al sentido de sus componentes, sino de actos en los que el Gobierno es el mero instrumento del mayor número de los constituyentes<sup>31</sup>.

Podemos encontrar planteamientos sobre el *Judicial Review*, en los escritos del Federalista 80, en el cual se plantea la necesidad de darle operatividad a las normas constitucionales, frente a las decisiones de la legislatura<sup>32</sup>.

Vale decir que el debate que surgiría en los Estados Unidos con el *Judicial Review*, entre Thomas Jefferson y John Marshall, sería algo similar al ocurrido en el siglo 20 en Europa, con el debate Smith –Kelsen.

Hoy en día el debate sobre la necesidad de *Judicial Review*, se mantiene, tratadistas del derecho como Jeremy Waldron y Richard Fallon, ambos profesores de leyes en las universidades de Oxford y Harvard respectivamente, han tratado el tema del *Judicial Review* recientemente. Dicha discusión gira en torno a si el Judicial Review es una institución deseable o justificable en una sociedad democrática, tal como lo debatían Jefferson y Marshall, como se explicaba anteriormente.

---

<sup>31</sup> Conferencia judicial de los Estados Unidos de 1977.

<sup>32</sup> Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J, "El Federalista 80".

Waldron afirma que es inadecuado e imperfecto, ya que es el pueblo quien debe a través de mecanismos legislativos, decidir sobre asuntos que considere fundamentales.<sup>33</sup> Esta visión de Waldron, se basa en un ideal de sociedad según la cual, el judicial review no es necesario. A esto Fallon presenta una defensa provisional de la revisión judicial según la cual "en el tipo de sociedades que plantea Waldron, donde no hay desacuerdos de buena fe respecto del alcance de ciertos derechos, el Judicial Review no debe ser un sustituto del mecanismo legislativo, sino que tanto el poder legislativo como el judicial, tienen que estar alineados en defensa de los derechos fundamentales y ambos poderes tienen que tener la facultad de poder vetar legislación que razonablemente se entienda como violatoria de esos derechos. Desde la perspectiva moral, entonces, si el *Judicial Review* reduce la posibilidad de que los derechos más importantes sean infringidos resultaría que, en lugar de disminuir, su legitimidad aumentaría".<sup>34</sup>

Es decir, se necesita el *Judicial Review* en una sociedad por naturaleza conflictiva, en la que se requiere protección a los derechos y al bienestar social, lo cual se logra al haber más controles sobre las posibles amenazas a la constitución, a partir de lo cual se obtienen mejores resultados en la sociedad.

Pero más allá de dicha discusión, el hecho jurídico que llama la atención, es que como norma superior, la Constitución sea protegida, erigiéndose controles a leyes inferiores, que

---

<sup>33</sup> Waldron, Jeremy "The Core of the case against Judicial Review", en The Yale Journal, Tomo 115, p.1346 y siguientes (2006).

<sup>34</sup> Fallon, Richard H. " The core of an Uneasy Case for Judicial Review". Harvard Law Review, Tomo 121. 2008. Pág. 1694.

con su aplicación, trámite, contenido e inclusive interpretación puedan causar inconformidad con la norma de normas.

Explicado el origen del *Judicial Review*, pasemos a ver los orígenes del sistema en Colombia.

## **ii Orígenes del Control Constitucional en Colombia**

En Colombia, como lo explica el profesor Tobo Rodríguez: “La historia de control constitucional de un Estado corresponde, por antonomasia, a la crónica sobre la conformación de sus instituciones políticas”<sup>35</sup>.

Continua Eduardo Cerra, tras citar a Tobo, afirmando que en Colombia el Control Constitucional tiene una historia que se remonta a “*la Constitución Nacional de 1886, y se hace especial énfasis en las reformas constitucionales de los años 1910, 1945 y 1968. Desde entonces hasta llegar a la gran reforma constitucional de 1991, que creó y puso en cabeza de un órgano especializado la facultad de guardar la supremacía e integridad de la Carta Política Nacional*”<sup>36</sup>.

Es así como, desde 1886, hasta la actualidad, se dan los cambios constitucionales que dan paso a la existencia de la Constitución actual de Colombia, la de 1991, de la cual se sustrae

---

<sup>35</sup> Tobo Rodríguez, Javier. “La corte constitucional y el control constitucional en Colombia”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 1996. Pág. 33.

<sup>36</sup> Cerra, Eduardo. “El Control de Constitucionalidad: Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional”. Revista jurídica Universidad del Norte. 2001. Pág 163.

el Control Constitucional, evidente en el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, que establece lo siguiente:

*“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”*

Si bien no deja de ser una antinomia jurídica, el decir que la Constitución es la norma de normas, no deja de ser absolutamente claro y útil para el devenir jurídico nacional, la mención realizada por el Artículo 4 del cual se concluye que la Constitución está en la cúspide del ordenamiento jurídico y que aquellas normas que pretendan darse cabida en el ordenamiento jurídico nacional, deben estar en armonía con el texto constitucional.

Lo anterior implica un control de la ley, el cual se realiza a través de un examen de compatibilidad entre la norma inferior y la norma superior.

Pero, como se ha dicho, los antecedentes se remontan a los inicios de la vida republicana, por lo que a continuación se verá precisamente el proceso que ha dado lugar a la consolidación del Control Constitucional en Colombia:

## **1. Evolución del Control Constitucional en Colombia:**

### **1.1 De 1811 a 1886**

El control constitucional en Colombia encuentra sus orígenes remotos en la Constitución de Cundinamarca de 1811, la cual en su artículo noveno establece que todo ciudadano puede reclamar a los poderes públicos por actos contrarios a la Constitución. Este control era realizado por un cuerpo político ya que era al Senado a quien le correspondía interpretar la constitucionalidad de las leyes.

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

Con la reforma de 1812, se modificó la Constitución de Cundinamarca de 1810, consagrándose en el artículo 62, que cualquier ciudadano podía elevar queja ante el Senado por la transgresión constitucional de cualquiera de los tres poderes o sus miembros.

En un sentido similar la Constitución de Tunja de 1811, Antioquia, Cartagena y Cundinamarca de 1812, tendrían un Senado encargado de suspender los actos contrarios a la Constitución.

En 1821, en la Constitución de Cúcuta se estableció que: *“la libertad que tienen los ciudadanos de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos, en ningún tiempo será impedida ni limitada. Todos por el contrario deberán hallar un remedio pronto y seguro, con arreglo a las leyes, de las injurias y daños que sufrieren en sus personas, en sus propiedades, en su honor y estimación”*<sup>37</sup>.

El control constitucional judicial activado a través de los ciudadanos sólo se establece en 1853, con la Constitución Municipal de la Provincia de Santander, en donde cualquier interesado podía pedir la anulación de las ordenanzas provinciales y acuerdos municipales, por ser contrarios a la Constitución.

Con la Constitución de la Confederación Granadina de 1858, la cual era una especie de república federal conformada por lo que es hoy en día Colombia y Panamá, cuya capital era Tunja, se amplía el control de normas a todas las leyes de los Estados miembros y se faculta a la Corte Suprema de Justicia a suspender estas leyes por inconstitucionales, aunque la decisión final reposaba en manos del Senado. Esto tiene una especial trascendencia ya que a partir de este punto la Corte Suprema de Justicia está facultada a través de una norma constitucional a suspender una norma.

---

<sup>37</sup> Artículo 157. Constitución de Cúcuta 1821.

Quedo plasmado en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 en su artículo 72, que era la Corte Suprema de Justicia de la Federación, la facultada para suspender los actos legislativos a petición de cualquier ciudadano o del Procurador, cuando estos fueren contrarios a la Constitución, obligándose a la Corte a informarle de manera inmediata al Senado, para que este decidiera sobre la validez de dichos actos.

La Constitución del 63 se caracterizó por ser la más liberal de todas, ya que se centró en plasmar libertades, descentralizar el poder y desmitificar la dictadura bogotana. Consagró un sistema federal con una presidencia central y este artículo trae una particularidad que vale la pena destacar, para la suspensión de la ejecución del acto legislativo era necesario el voto favorable de todos los miembros de la Corte o esa suspensión podía ordenarse de ser solicitada por el Procurador o cualquier ciudadano, dicho texto establecía lo siguiente:

*“Corresponde a la Corte Suprema suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador general o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”.*

## 1.2 La Constitución de 1886

Con el movimiento de la Regeneración, se busco la unión de los distintos pensamientos políticos en un Estado central fuerte y canalizado a través de la religión católica como herramienta de unión de pensamiento. La Constitución del 86 introdujo varias reformas, partiendo del cambio de un Estado federal a uno centralista.

Tal constitución, estableció que el control de constitucionalidad estaba a cargo de la Corte Suprema de Justicia, a petición del presidente por objeción de un proyecto de ley.

*“Artículo 151: Son atribuciones de la Corte Suprema: definir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales”.*

Lo anterior tiene gran importancia ya que en este momento en Colombia ya se estaba hablando sobre un control de los actos reformativos de la Constitución, mientras que en Estado Unidos esto no existe.

Aquí se habló de una soberanía parlamentaria ya que de la mano con el paso al sistema central significó que el parlamento al estar facultado para expedir leyes y detentar la voluntad general, ejerce soberanía en nombre del pueblo a quien representa. Por lo cual la objeción del gobierno se convierte en un control al posible abuso por parte del Congreso, teniendo un tercero imparcial –la Corte Suprema de Justicia- como último arbitro sobre la constitucionalidad de la disputa.

### **1.3 Leyes 57 y 153 de 1887**

La ley 57 de 1887 ordena en su artículo quinto: *“cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquella”*. De esta manera se reitera el principio de la supremacía constitucional, en donde la Constitución está por encima del resto de normas.

Lamentablemente el artículo sexto de la Ley 153 de 1887, se encargó de desdibujar tal supremacía, creando la figura de la presunción de constitucionalidad de las leyes, al establecer que: *“una disposición expresa de ley posterior a la constitución se reputa constitucional, y se aplicara aun cuando parezca contraria a la constitución.”*

Vale decir que con gran acierto el artículo 6 de la Ley 153 de 1887, no existiría por mucho tiempo en el ordenamiento jurídico nacional, significando que se acataría el control constitucional.

### **1.4 Acto Legislativo 3 de 1910.**

Este acto legislativo fue el que instituyó la acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia en Colombia. Reitero lo establecido en la ley 57 de 1887, en el sentido de si llegase a existir una incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicara de preferencia la Constitución, y que era la Corte Suprema de Justicia la encargada de proteger la integridad de la Constitución por lo cual era la competente para decidir sobre la exequibilidad de las leyes y actos legislativos objetados como inconstitucionales por el

gobierno o cualquier ciudadano, previa audiencia del Procurador General de la Nación<sup>38</sup>. De tal manera que por primera vez se habla de una acción pública para que cualquier persona pueda demandar la inconstitucionalidad de una ley.

En cuanto al ejecutivo, establece que a los gobernadores les corresponde revisar los actos de los municipios y de los alcaldes por inconstitucionalidad o ilegalidad, revocar los ilegales y trasladar los actos inconstitucionales a la autoridad judicial para que ella decidiera sobre su exequibilidad.

### **1.5 Acto Reformatorio de 1914.**

Se establece el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Como consecuencia de esto, empiezan a surgir problemas de competencia entre la Corte Suprema de Justicia, como guardiana de la integridad de la Constitución y el Consejo de Estado como autoridad máxima de lo contencioso administrativo, ya que al Consejo de Estado también le competen ciertos temas de protección constitucional, en lo

---

<sup>38</sup> Sentencia 20 de abril de 1912. MP. Alberto Suárez Murillo. *“Claramente establece el artículo citado que a la Corte Suprema de Justicia se le confiere la guarda de la integridad de la Constitución, y allí mismo explica el alcance de este principio, añadiendo que, en consecuencia de él, y además de las atribuciones que a la Corte confieren la Constitución y las leyes, tiene la de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, ó sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales. Son pues tres los casos señalados por el estatuto fundamental, en los cuales la Corte Suprema de Justicia ejerce la importantísima función que el mismo le confiere respecto á la guarda de la integridad de la Constitución á saber:*

*1.º Cuando el gobierno objeta como inconstitucional un Acto Legislativo ó proyecto de ley (artículo 90 de la Constitución) y las cámaras declaran infundadas las objeciones y aprueban el proyecto por las terceras partes de los votos.*

*2.º Cuando se acusa una ley como inconstitucional por cualquier ciudadano.*

*3.º Cuando se denuncia de la misma manera un decreto”.*

referente al estudio de los actos administrativos pronunciados por el ejecutivo. El anterior conflicto fue resuelto por la reforma de 1945, la cual se explica a continuación.

### **1.6 Acto Legislativo 1 de 1945.**

En esta reforma se amplían las facultades de la Corte Suprema de Justicia en cuanto se agregan las funciones de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley objetados por el gobierno nacional por inconstitucionales, decidir sobre la constitucionalidad de las leyes de autorización concedidas por el Congreso para la celebración de contratos, negociación de empréstitos, enajenación de bienes nacionales y para ejercer otras funciones constitucionales. Así mismo, conocer sobre las normas de facultades extraordinarias que el Congreso podía otorgarle al ejecutivo y los estados de excepción, dictados por el gobierno cuando cualquier ciudadano los acusare de inconstitucionalidad.

También establece que en toda acción de inexecuibilidad debe intervenir el Procurador General de la Nación.

En cuanto al gobernador, a este le corresponde objetar ante el Tribunal Administrativo del Departamento correspondiente, por inconstitucional, ilegal o inconveniente los proyectos de ordenanzas y sancionarlas y promulgarlas de forma legal (las ordenanzas).

Se organiza el Consejo de Estado y se establece que la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de

los decretos dictados por el gobierno que no le correspondan a la Corte Suprema de Justicia, o sea aquellos que no tienen fuerza de ley.

### **1.7 Acto Legislativo 1 de 1960.**

Con el Acto Legislativo 1 de 1960 se modificó el artículo 120 de la Constitución, en cuanto que el Congreso por mayoría absoluta de ambas cámaras podía decidir que cualquier decreto dictado por el gobierno en ejercicio de las facultades propias del estado de sitio, debería ser estudiado por la Corte Suprema de Justicia para que esta decidiera sobre su constitucionalidad y que si no lo hiciera en un término de seis días, el decreto quedaría suspendido. Inclusive erigiendo la demora en el fallo como una causal de mala conducta de parte de los magistrados.

### **1.8 Acto Legislativo 1 de 1968.**

El Acto Legislativo 1 de 1968, estableció que el gobierno debía mandar a la Corte Suprema de Justicia, los decretos legislativos expedidos en uso de las facultades de estado guerra exterior, conmoción interior, y estado de emergencia, al día siguiente de su expedición para que ella resolviera sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no lo enviara al día siguiente, la Corte los solicitará de oficio.

A la Corte Suprema de Justicia se le demarca su facultad de decidir sobre la exequibilidad de los proyectos de ley objetados por el gobierno como inconstitucionales, ya que deberá analizar vicios de contenido y vicios de procedimiento.

### **1.9 Acto Legislativo 1 de 1986.**

Este acto legislativo estableció que a los gobernadores les correspondería revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad y remitirlos al tribunal competente para que decidiera sobre su validez.

### **1.10 Constitución Política de 1991**

El control de constitucionalidad en la Carta de 1991 se fundamenta en la supremacía constitucional, por la cual todas las partes de la Constitución son vinculantes, ya que es norma de normas y por ende está en la parte superior del ordenamiento. Lo anterior complementado con la adopción de un sistema de pesos y contrapesos, en virtud del cual se trata de controlar al poder.

El control constitucional en Colombia es judicial y es ejercido principalmente por la Corte Constitucional, la cual está encargada de proteger la integridad de la constitución, siendo la acción pública de inconstitucionalidad la principal herramienta de participación ciudadana para la protección de la constitución, frente a las normas con rango de ley.

*“La acción de inconstitucionalidad, inherente al constitucionalismo Colombiano, tiene como esencial y fundamental característica la naturaleza pública. Esta implica que es una acción para los coasociados en general, directamente para aquellos sobre los que recaiga la calidad de ciudadano, es para todos los ciudadanos en ejercicio, es decir no es exclusiva, reservada o privada. Así las cosas, aquel ciudadano en*

*ejercicio que ejerza la acción pública referida - en aras del principio democrático y pluralista (art. 95 numeral 5 Constitucional)- no busca en momento alguno defender intereses particulares, concretos o específicos sino por el contrario, se pretende defender un interés público radicado principalmente en el orden constitucional objetivo, es decir que la constitución trascienda su contenido formal y se haga efectivo su contenido material. La Acción Pública de Inconstitucionalidad y las intervenciones de los ciudadanos dentro de ellas hay que armonizarlas con otros imperativos constitucionales de los procesos que se adelantan ante la Corte Constitucional y especialmente con los mandatos de los Artículos 242 y 244 de la Constitución que establecen términos constitucionales perentorios para resolver asuntos de constitucionalidad.”<sup>39</sup>.*

Pero el control constitucional judicial, tiene una naturaleza mixta, entre el difuso y el concentrado, ya que no solo está a cargo de la Corte Constitucional (concentrado por ser el órgano en quién en últimas recae), sino también del Consejo de Estado, de los Tribunales Administrativos y de todos los jueces que pueden aplicar la excepción de inconstitucionalidad (difuso). Adicional a esto, existe un control concreto de constitucionalidad, la acción de tutela, la cual como su nombre lo indica se encarga de tutelar los derechos fundamentales cuando estos están siendo vulnerados o en riesgo de serlo y no existe otro medio más eficaz para protegerlos.

---

<sup>39</sup> Sentencia C-323 de 2006

En los casos de convocatoria a referendo o Asamblea Constituyente para reformar la carta, hay un control automático, así como también lo hay sobre los decretos legislativos expedidos por el gobierno en los estados de excepción. Hay un control oficioso en los proyectos de leyes estatutarias y hay control sobre los proyectos de ley objetados por razones de inconstitucionalidad por parte del Presidente, y sobre las leyes aprobatorias de tratados internacionales.

Al Consejo de Estado le corresponde saber de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando la Corte Constitucional no tenga competencia para hacerlo.

Las sentencias de constitucionalidad (tipo C) son aquellas expedidas por la Corte Constitucional en virtud de las acciones de inconstitucionalidad. Los fallos de tales sentencias son expedidos por la sala plena de la Corte y su decisión puede ser la exequibilidad o inexecuibilidad de la norma acusada, o la inhibición de la Corte por diversos motivos.

Las sentencias tipo C, producen efectos erga omnes y hacen transito a cosa juzgada constitucional, esto es que en contra de ellas no es posible interponer recurso alguno y su decisión prohíbe reintentar el análisis de constitucional por las mismas razones.

Las sentencias tipo T son aquellas expedidas por la Corte Constitucional, relacionadas con las acciones de tutela. Estas sentencias deben ser de cumplimiento inmediato, debido a la importancia de los temas que tocan y la necesidad de celeridad en su resolución. Para estas

sentencias, la Corte no puede declararse inhibida, esto es, tiene que pronunciarse en algún sentido.

Las sentencias tipo SU, también son expedidas por la Corte Constitucional en sala plena y con relación a las acciones de tutela. Su característica diferenciadora es que en ellas lo que se busca es unificar jurisprudencia. Tales sentencias, tienen efectos interpartes.

### **Breve referencia a la acción de tutela**

Se incluye la acción de tutela en la presente comparación, ya que al establecerse este tipo de mecanismos, las disposiciones jurídicas o las actuaciones desplegadas por los sujetos sobre los cuales recae la acción, son sometidas a un juicio de constitucionalidad, esto es un control de constitucionalidad concreto sobre la vulneración o inclusive la amenaza que pueda ocurrir sobre los derechos fundamentales de las personas. De tal manera que el contenido material de la Constitución referente a las garantías fundamentales, tiene una aplicación directa por medio de un juicio en concreto de constitucionalidad.

Vale decir que se trata de un juicio en concreto de constitucionalidad, ya que la declaratoria de inexecutable o executable de las normas, se hace a través de un juicio abstracto de constitucionalidad, esto es un análisis general de la disposición, contrastando sus enunciados con lo ordenado por la constitución, sin realizarse la aplicación en la realidad de la figura o lo que es lo mismo, se realiza un juicio de constitucionalidad sin partes – mientras que- en el juicio de constitucionalidad propuesto por la acción de tutela, se realiza frente a un caso en el cual el interprete judicial debe concluir o no, con la existencia de una

situación que vulnera o amenaza el goce de un derecho fundamental, por lo cual su protección especial se hace necesaria.

Sobre las raíces de la acción de tutela, debemos decir que estas se encuentran en diversas latitudes ya que esta figura empieza su existencia en el denominado juicio de amparo de la Constitución Mexicana de Queretano de 1914, figura que sería posteriormente adecuada a la realidad del Estado Social de Derecho en la Ley fundamental de Bonn de 1949 y reclamada nuevamente como figura jurídica hispánica por la Constitución de Española de 1978. No obstante lo anterior, sería la Constitución Colombiana de 1991, el instrumento jurídico que consagraría a plenitud la existencia de una acción reflexivamente encaminada a la protección exclusiva de los derechos fundamentales de las personas en Colombia.

La acción de tutela tiene las características de ser una acción constitucional, con carácter excepcional, establecida en Colombia por el constituyente de 1991, como un medio de defensa de los derechos fundamentales de las personas, siendo únicamente este tipo de derechos el bien jurídico objeto de su protección.

La acción de tutela es procedente en 3 situaciones, a saber: (1) cuando el afectado no dispone de otro instrumento para el restablecimiento de sus derechos, (2) en caso que el instrumento previsto no resulte eficaz, esto según las consideraciones que en virtud de la situación particular que afronte el actor y (3) cuando la intervención transitoria del juez de tutela resulte necesaria para evitar o al menos mitigar, un perjuicio irremediable<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-455 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: 2 de Mayo del 2005).

La figura de la acción de tutela se instituyó primigeniamente para proteger los derechos fundamentales de las personas en contra del abuso de las autoridades públicas y en ciertas situaciones excepcionales, es permitida su aplicación en contra de particulares.

Esta excepcionalidad es dada por en el Artículo 86 de la Constitución Política, en 3 casos extraordinarios, estos son: (1) cuando el particular preste un servicio público, (2) cuando se presente una grave y directa afectación del interés colectivo y (3) cuando se presente un estado de indefensión o subordinación<sup>41</sup>.

Permitida la acción de tutela en contra de particulares, no puede pretenderse que con la misma se protejan o solucionen cualquier tipo de controversias que se presenten bien sea entre particulares o entre particulares y el Estado, ya que esto equivaldría a erigir a la tutela en un mecanismo paralelo de administración de justicia y la subsecuente pérdida del carácter de excepcionalidad.

La acción de tutela concluye en una orden impartida por el Juez para que la persona (autoridad pública o particular) contra la que se interpuso la acción, actúe o se abstenga de hacerlo; es decir, para que se haga o se deje de hacer algo.

La orden se constituye en un mandato directo, imperativo y apremiante, efectivo y suficiente, que debe ser cumplido por el apremiado, so pena de incurrir en las sanciones de Ley.

No obstante lo anterior, aunque la orden es expedida por un Juez investido de autoridad pública y con ella se busca la protección de un derecho fundamental, ella no es una

---

<sup>41</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-131 de 2006 (M.P Alfredo Beltrán Sierra: 23 de Febrero de 2006).

sentencia, y no es precisamente una sentencia porque con la misma no se dice el derecho, ya que no pueden hacerse declaraciones o condenas.

*“Porque cuando el juez de la causa se da a la tarea de atender y resolver una demanda de tutela no está ejerciendo una función estrictamente jurisdiccional, sino cumpliendo con una especie de encargo ad hoc que la constitución le confió intuitu personae, por tratarse de quien se trata”<sup>42</sup>*

En esa decisión, el juez de tutela no puede extenderse más allá de lo necesario para conseguir la protección del derecho fundamental. El juez, no puede aprovechar la tutela para resolver situaciones particulares ajenas al ámbito de protección constitucional, ya que esto equivaldría a desbordar y desconocer su atribución constitucional.

En pocas palabras, el juez de tutela no puede abarcar elementos ajenos a la naturaleza misma del derecho que se pretende amparar, provocando actos o abstenciones que no tiendan al fin propuesto, es decir, ninguna norma constitucional o legal confiere al juez de tutela la competencia para anular actos administrativos, los cuales gozan de presunción de legalidad y por lo tanto no pueden ser desconocidos<sup>43</sup>.

Finalmente vale decir que por mandato Constitucional y legal, todos los jueces de la republica sin importar su jurisdicción, son jueces de constitucionalidad cuando resuelven una acción de tutela.

---

<sup>42</sup> Esquerro Portocarrero, Juan Carlos. La Protección Constitucional del Ciudadano. Pág. 131 Ed., Legis S.A. (2007).

<sup>43</sup> Véase las sentencias de la H. Corte Constitucional de Colombia: T-400 del 17 de Septiembre de 1993, T-343 del 25 de Agosto de 1993 y T-468 del 6 de Julio De 1999.

Pasemos a ver la implementación y funcionamiento del Control de la Constitución en los países que son objeto de estudio:

## V. IMPLEMENTACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL JUDICIAL REVIEW

La implementación del Judicial Review se manifiesta en concordancia con las particularidades del sistema constitucional federal estadounidense. En ese sentido, el Sistema de Control Constitucional de Estados Unidos se ha caracterizado según Santaolalla (2004), Haro (2004) y muchos otros por lo siguiente:

- “[En primer lugar por ser **difuso**, ya que le corresponde a todos los tribunales y jueces, pues estando todos obligados a realizar el Derecho, deben cerciorarse de lo que es verdaderamente, lo que se supone desechar las que estén en contra de la ley suprema.
- En segundo lugar se menciona que dicho control se **ejerce de modo incidental**, es decir, por vía de excepción. Lo cual se refiere a que no deriva de una acción ejercida directamente contra la ley supuestamente inconstitucional, sino que se plantea que para ese caso en particular, la ley no sea aplicable por estar precisamente en contra de la constitución.
- En tercer lugar se resalta, que la **sentencia** que declara que una ley es inconstitucional **tiene efectos erga omnes**, ya que se convierte en precedente judicial. La ley no se anula como tal, pues el juez carece de poderes para tal efecto, dependiendo de su jerarquía. Simplemente se deja de aplicar en ese supuesto.

- *De las apelaciones conoce el tribunal de apelación y en última instancia conoce la Corte Suprema, bien sea federal o estadual, a la cual se accede por un recurso extraordinario y no de instancia.]”<sup>44</sup>*

Como se ha indicado anteriormente, “*el sistema de control es difuso, y el control para hacer real su vigencia se basa en la supremacía constitucional, y por lo tanto de la función jurisdiccional en sus dos grandes dimensiones -la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional- está ejercida por todos los tribunales que constituyen el Poder Judicial, uno de los tres clásicos poderes del Estado, con perfil político-jurídico-institucional propio dentro del esquema del Gobierno, y en el que cada tribunal ejerce no solamente la jurisdicción ordinaria de los procesos comunes, sino que además ejerce asimismo la jurisdicción constitucional actuando el control de constitucionalidad de las leyes y los actos estatales*”<sup>45</sup>.

“Por eso se lo denomina sistema difuso o no especializado de control de constitucionalidad, porque el control es ejercido por cualquier juez o tribunal, cualquiera sea su jerarquía o su fuero”<sup>46</sup>.

Dado que muchas personas sienten que cualquier interpretación judicial o nulidad de los estatutos es esencialmente un acto político, es a veces visto como una invasión de la competencia exclusiva del Poder Legislativo para hacer la ley. Los sistemas centralizados

---

<sup>44</sup> Santaolalla. (op.cit.p.577) & Haro, R. (op.cit.p.50).

<sup>45</sup> Haro, R. (op.cit.p.50)

<sup>46</sup> Haro, R. (op.cit.p.50)

por lo tanto se niegan a otorgar esta función al poder judicial en general. Más bien, los jueces ordinarios deben aceptar y aplicar la ley como está escrita.

Siguiendo a Finck (1997), *“en Estados Unidos hay un sistema descentralizado de revisión judicial que brinda a todos los órganos judiciales la facultad de determinar la constitucionalidad de la legislación. Cualquier juez puede decidir un caso en que una ley entre en conflicto con la Constitución, en donde debe dejar de lado la primera y aplicar la segunda”, pero esto puede causar problemas por las diferentes interpretaciones que pueden surgir, por lo que existe la doctrina stare decisis, según la cual los tribunales están obligados a seguir sus propias decisiones anteriores y los precedentes de los tribunales superiores en la misma jurisdicción. Por lo que Finck explica que la existencia de un único Tribunal Supremo, en combinación con el deber de los tribunales inferiores a los precedentes superiores, asegura la uniformidad del juicio constitucional*<sup>47</sup>.

Respecto a la implementación, Finck (1997), añade que la Corte Suprema aplica el Judicial Review de cinco formas<sup>48</sup>:

1. En primer lugar se aplica la norma textualmente, sin que haya lugar a interpretaciones.
2. En segundo lugar se apela a la intención original de los redactores de la Constitución y sus principios, es decir al espíritu de la norma superior, velando que la ley inferior no viole aquella.

---

<sup>47</sup> Haro, R. (op.cit.p.50)

<sup>48</sup> Finck (op.cit.p 132-133)

3. En tercer lugar, se hace referencia a la tradición y a los precedentes de la Corte misma, implementando la norma superior de igual forma que en casos previos.
4. En cuarto lugar, se tiene en cuenta una revisión exhaustiva de la Constitución como un todo y no solo una parte de la misma.
5. En quinto lugar, se tiene un enfoque normativo en el que la ley indeterminada es liberadora en lugar de debilitadora.

Pero al hacerse notorios muchos casos y tener fuertes críticas por parte de la sociedad, y una interpretación que tenga en consideración el método respecto al tipo de caso y antecedentes del mismo, ha permitido a la Corte Suprema de Justicia, una interpretación de la Constitución, a través de las distintas metodologías mencionadas previamente, en la que se dirige a un público actual, tratando de convencerlos de que su visión es moralmente y legamente justificable. Es por eso que al tener que resolver asuntos controversiales en este país, se ha pasado de tener fuertes tendencias ideológicas influyentes por los miembros de las Cortes, a tener una visión más unánime y crítica, sin dejarse permear por la ideología personal o partidista.

El último gran cambio en la implementación del control constitucional en Estados Unidos, se viviría en 1929 con el *“new deal, and the swing that saved the nine”*. Con la gran depresión, el máximo Tribunal vivió una de sus épocas más conflictivas, el presidente de la Unión Americana, Franklin Delano Roosevelt y la Suprema Corte entraron en una fuerte discrepancia, toda vez que ésta última estaba en franco desacuerdo con las políticas regulatorias en materia económica contenidas en el New Deal. La confrontación fue tan extrema que la propia Corte vio amenazada su integridad ante la posibilidad que el

ejecutivo federal la reestructurara con el objeto de nombrar nuevos jueces que favorecieran sus políticas de gobierno. Es así como para evitar la reestructuración del ejecutivo, la Corte adopto una postura de interpretación constitucional adecuada a las políticas sociales del New Deal.

En la segunda mitad del siglo XX, los temas económicos cedieron paso a los de las libertades civiles. Los temas principales de esta etapa son la libertad de expresión y de creencias religiosas; las garantías procesales de quienes son acusados penalmente, y la protección de grupos vulnerables, sobre todo de los afroamericanos<sup>49</sup>.

Con la Ley de la Judicatura de 1925, se puso el tema de la revisión judicial casi en su totalidad dentro de la discreción de la Corte Suprema de Justicia. Con ésta, casi todos los casos se convierten en revisables, al ser escogidos discrecionalmente por un auto de avocación. De ahí surge que el problema ya no es sí la Corte es competente para decidir, sino si va a elegir un litigio para decidir sobre su fondo, problema que persiste hasta la actualidad.

La decisión de escoger se ha vuelto más crucial, ya que la capacidad de la Corte para conocer y resolver los casos no ha ido a la par con el aumento del volumen de peticiones. Por lo tanto, el proceso de selección de casos tiene una enorme importancia práctica para los litigantes.

---

<sup>49</sup> Idem.

El volumen de casos, también implica que hay muchos casos que merecen y pueden ser revisados, e incluso leyes que se pueden revocar, tal como sucedió cuando la aceptación de la revisión judicial se puso a prueba por la decisión del Tribunal en el caso Dred Scott vs Sandford resuelta en 1857. Hasta este momento, la Corte había revocado tan solo una ley federal, una ley de menor relevancia, implicada en el caso Marbury vs Madison. En Dred Scott, sin embargo, el juez Roger Taney expuso que el Congreso había excedido en sus facultades constitucionales en la adopción del Compromiso de Missouri, el cual prohíbe la esclavitud en algunos territorios.

En esta decisión se pretende resolver la controversia jurídica sobre la esclavitud, pero el nivel de controversia aumentó y la Corte fue criticada en el Norte. Sin embargo, aunque el prestigio de la Corte sufrió de manera espectacular, el propio Tribunal y sus poderes básicos han sobrevivido sin mayor problema.

Paralelo a la figura del Judicial Review, se han desarrollado **críticas** respecto al carácter contra mayoritario, como lo llama Alexander Bickel, reconocido por haber sido profesor de derecho y experto en la Constitución de los Estados Unidos y uno de los comentaristas constitucionales más influyentes del siglo XX, que consiste en la existencia de una carencia de fundamento democrático que sostenga al poder judicial como controlador de constitucionalidad de los actos expedidos por los otros poderes<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Bickel, Alexander M. *The least dangerous branch*, Indianapolis, Bobbs- Merrill Educational Publishing, Yale University Press, 1978.

El principal argumento de quienes están en contra de dicha figura, es que aquella no va de la mano con la democracia representativa, lo cual sucede porque son nueve jueces no elegidos popularmente, los que tienen el poder de la revisión judicial. Es decir, al no ser elegidos por el pueblo, se pierde la fuerza coercitiva legítima que se deriva de la democracia y de la elección popular.

Por consiguiente, quienes van en contra de la dificultad contramayoritaria se basan en el artículo 25 de la Ley de la Judicatura de 1789, objeto del fallo de Marbury vs. Madison, que le da competencia a la Corte Suprema para decidir de manera definitiva como el más alto Tribunal de los Estados Unidos, en lo concerniente a la validez de un tratado o una ley. Inclusive se afirma que la revisión judicial en sí misma es consistente con el consentimiento popular e incluso que ésta es necesaria porque protege a las minorías de la tiranía de la mayoría<sup>51</sup>.

*“Esta supervivencia ha demostrado el éxito de la afirmación del poder que Marshall había emprendido. Cualesquiera que sean los méritos legales y filosóficos de la opinión de Marshall, Marbury y los dictámenes posteriores a la misma, la revisión judicial del Congreso ya no está seriamente cuestionada. Basándose en la revisión judicial, los tribunales han ido a la huelga por una amplia gama de leyes inconstitucionales”<sup>52</sup>.*

---

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> Finck. (op.cit.p.142)

## **i Funciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos como Tribunal Constitucional**

Como lo explica Gonzales (2008) *“la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos es una institución jurídica, pero también política, tal como la mayoría de los tribunales constitucionales a lo largo mundo, ya que las designaciones de sus miembros tienen un fuerte contenido de esta naturaleza; no se debe olvidar que las nominaciones al cargo de ministro las hace el presidente de la República, con la aprobación del Senado. También es una institución política, en el sentido de que ciertos grupos de interés suelen presionar a este tribunal para que atienda determinados casos que afectan a la sociedad americana en su conjunto”*<sup>53</sup>.

Por último, como señala Lawrence Baum (1994): *“Los valores políticos de los miembros y sus percepciones de la opinión pública y legislativa afectan las decisiones de la Corte. Las decisiones mismas a menudo llevan a controversias en el Gobierno y en la nación, en general, y la Corte y sus mandatos a veces se convierten en temas importantes en las elecciones”*<sup>54</sup>.

*“La Constitución exige que los miembros de la Corte Suprema sean nominados por el Presidente y confirmados por una mayoría del Senado. Asimismo, establece que ejercerán su cargo “mientras observen buena conducta”*<sup>55</sup>. Por lo tanto, están al servicio de la justicia

---

<sup>53</sup> Gonzales, J. “La Suprema Corte de Estados Unidos y el Derecho Internacional”. El Caso Medellín Vs. Texas del 25 de Marzo de 2008. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>54</sup> Baum, L. “La Suprema Corte. Función y comportamiento en la sociedad norteamericana”, trad. de Cristina Piña, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, colección Estudios Políticos y Sociales. 1994. Pág. 14.

<sup>55</sup> Artículo 3. Constitución de Estados Unidos de América. Ver más información al respecto en: [http://www.supremecourt.gov/about/about\\_us.aspx](http://www.supremecourt.gov/about/about_us.aspx), consultado el 11 de Septiembre de 2012.

para toda la vida a menos que voluntariamente decidan renunciar a sus cargos o sean destituidos mediante un juicio político. Más allá de esto, temas como el número de jueces, sus cualificaciones y sus derechos han sido resueltos por la ley y la tradición, y no han sido especificados en la Constitución.

En el artículo 3 de la Constitución de Estados Unidos de América se especifican las funciones del Tribunal Supremo:

“Primera Sección: 1. Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo. Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en periodos fijos, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo.

Segunda Sección: 1. El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de almirantazgo y marítima; en las controversias en que sean *parte* los Estados Unidos; en las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos de Estados diferentes, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados

y entre un Estado o los ciudadanos del mismo y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.”

“La Corte Suprema de Justicia, se desempeña igualmente como tribunal de las garantías constitucionales y que, al ejercer la última y definitiva instancia del control de constitucionalidad, cumple el eminente rol de alta política, al ser un poder moderador entre los diversos poderes del Estado, ya sea entre los que integran el orden horizontal, el Gobierno federal (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), como entre los otros poderes o competencias que integran el orden vertical de su distribución entre el Estado federal y los estados locales. En definitiva, en el sistema americano, la función jurisdiccional en la plenitud de su ejercicio mediante el control de constitucionalidad está confiada al Poder Judicial, de modo tal que bien se puede aseverar que todos los tribunales, y en especial la Corte Suprema de Justicia, son tribunal y son poder”<sup>56</sup>.

Para el profesor Gonzales (2008): *“la primera parte del siglo XIX fue una época de consolidación de la Suprema Corte. Hacia finales del mismo siglo el foco de trabajo de la Corte eran temas relacionados con actividades económicas y temas como los monopolios, el empleo y el transporte ferroviario, entre otros. En general, la Corte adoptó una postura contraria a la excesiva regulación de la actividad económica por parte del gobierno”*<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Haro, R. (op.cit.p.50)

<sup>57</sup> Gonzales, J. “La Suprema Corte de Estados Unidos y el Derecho Internacional. El Caso Medellín Vs. Texas del 25 de Marzo de 2008”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2008. Pág. 3.

Habiendo revisado los temas de implementación del *Judicial Review* así como las funciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se pasará a continuación al análisis de estos puntos en el escenario Colombiano.

## VI. IMPLEMENTACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Al observar el caso de Estados Unidos, autores como Fernando Santaolalla, profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá autor del libro Derecho Constitucional, y Emilia Girón, licenciada de la Universidad de Cádiz, entre otros, destacan ciertas particularidades del Judicial Review, que se han tomado como punto de partida al describir cómo es el control de la constitución en Colombia.

En ese orden de ideas el Control es:

- “De carácter **Mixto**: es mixto, “en la medida que combina elementos del **modelo difuso y del concentrado**. La opción del constituyente de 1991 de crear una Corte Constitucional fortaleció de forma significativa la dimensión concentrada del sistema, que sigue siendo, sin embargo, también de carácter difuso, ya que, además de los pronunciamientos que realiza la Corte Constitucional, al Consejo de Estado – máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa- se le ha atribuido, dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional y también un juez o inclusive una autoridad administrativa pueden, mediante la denominada excepción de inconstitucionalidad, abstenerse de aplicar una norma, en un caso concreto y con efectos inter-partes, en

aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política”<sup>58</sup>.

- “Modalidades por vía de **acción y excepción**: Se contemplan mecanismos por vía de acción y por vía de excepción, además el control puede ser previo o posterior. Por vía de acción, por ejemplo, existen la Acción pública de inconstitucionalidad, Acción pública de nulidad y la Acción de tutela. Por otro lado, existen controles que no requieren interposición de acciones, como el Control previo, Control previo de proyectos de ley objetados por el Presidente, Control previo de proyectos de ley estatutaria, Control previo de tratados y de sus leyes aprobatorias y Control automático. Y el Control por vía de excepción: de acuerdo al artículo 4º. De la C.P. en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, deberán aplicarse las disposiciones constitucionales. De este precepto se deriva la guarda de la Constitución a través de la excepción de inconstitucionalidad. Su objetivo se circunscribe a que el juez o autoridad que conozca de un determinado asunto se abstenga de aplicar una norma que se considere contraria a la Constitución en el momento de tomar una decisión. Lo cual es muestra del carácter difuso, y se diferencia del control por vía de acción en que sólo faculta a los funcionarios para declarar la inaplicabilidad de la ley en el momento en el caso concreto objeto de decisión, sus efectos no son erga omnes, sino relativos, por ello la norma no desaparece del ordenamiento jurídico”<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Girón, Emilia. “El Control de Constitucionalidad en Colombia. Viii Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”. Sevilla, 3 A 5 de Diciembre de 2003. Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz, España. 2003. Pág. 2.

<sup>59</sup> Extraído de: Universidad de Antioquia. “Formación ciudadana y Constitucional”. Facultad de Derecho, Vicerrectoría de docencia. Disponible en:

- “El Control produce efecto **erga omnes e inter partes**: “El artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto”. Ello ha dado pie para que algunas autoridades judiciales consideren que las sentencias proferidas por la Corte en ejercicio de su función constitucional, no vincula sino a las partes en el proceso (efectos inter partes)”<sup>60</sup>. “Las sentencias que en materia de control constitucional dicta la Corte Constitucional tienen efectos generales (erga omnes) –salvo las sentencias de revisión de tutelas (que cada día se van volviendo más vinculantes en la interpretación y forma de aplicar los derechos fundamentales), y sus decisiones sobre la procedencia de las excusas del art. 137 CP-, obligatorios y constitutivos o sea hacia el futuro (ex nunc). Igualmente hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo que significa que las decisiones adoptadas por la Corte en cumplimiento de su misión de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y dilucidados en procesos anteriores, no resulta admisible replantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento de fondo”<sup>61</sup>.

Así mismo, se destacan tres características del Control Constitucional en Colombia, a saber: es integral, complejo y abierto:

*[“En primer lugar se afirma que es **integral** porque las opciones de control abarcan la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico, desde los actos reformativos de la*

---

<http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/modalidad.html>, consultado el 2 de Septiembre de 2012.

<sup>60</sup> Girón. (op.cit.p.17)

<sup>61</sup> Girón. (op.cit.p.7-8)

*Constitución (Actos Legislativos), hasta las más discretas normas reglamentarias del orden local.*

*En segundo lugar se dice que es **complejo**, teniendo en cuenta que su ejercicio está encargado a diferentes instancias de la organización estatal, es así como en la Rama Judicial cumplen con esta labor la jurisdicción constitucional (Corte Constitucional), la contencioso administrativa (Consejo de Estado, tribunales de lo contencioso administrativo y jueces administrativos) y la ordinaria (todos los jueces de la República, desde la Corte Suprema, hasta los jueces promiscuos municipales); que también el gobierno, en sus expresiones nacional, departamental y municipal coadyuva en el ejercicio de esta función e incluso la administración pública tiene el deber de asegurar la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico.*

*Finalmente, Zuluaga (2003), destaca el hecho de que es un “Control Constitucional **abierto** en tanto la posibilidad de provocar los mecanismos de control está a disposición de cualquier juez mediante la excepción de inconstitucionalidad e incluso de todo ciudadano a través de una vía general como son las acciones populares”<sup>62</sup>.*

La Sentencia C-551 de 2003 resulta ilustradora de cómo se implementa el sistema de Control Constitucional en Colombia, y deja constancia de las características previamente indicadas, donde la Corte ejerce el Control de Constitucional sobre el acto de referendo que se propone para reformar la Constitución. Si bien no se trata propiamente sobre control

---

<sup>62</sup> Zuluaga, R. “El carácter integral, complejo, y abierto del Control Constitucional en Colombia”. Criterio Jurídico Santiago de Cali-Colombia N° 3. 2003. Pág. 152.

de normas legales sino sobre el control a las reformas constitucionales, vale resaltar, citando a Gonzalo Ramírez (2006) la relevancia de dicha Sentencia<sup>63</sup>:

*“El 9 de julio de 2003, la Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia C-551, no solo se encarga de dilucidar jurisprudencialmente la posibilidad política de convocar a un referendo para modificar la Constitución (Ley 796 de 2003) interpretando y reglamentando vía doctrina jurisprudencial los innumerables vacíos que dejaba el artículo 378 CN, sino que también en los más de 320 folios de la sentencia realiza importantes aportes sobre las potestades que la misma Corte Constitucional tiene para revisar la constitucionalidad de las reformas a la Constitución que se presenten a futuro. La C-551 de 2003 se convierte de esta manera en una sentencia “hito” (leading case) en el tema del control de constitucionalidad de las diversas modalidades de reforma que se introducen a la Constitución del 91”<sup>64</sup>.*

Ahora bien, dicha Sentencia se trata de una Revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, “Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”. El referendo incluye una serie de preguntas que se quieren hacer al pueblo colombiano con el fin de reformar ciertos aspectos de la Constitución, para lo cual se presenta y se discute con distintos representantes de gremios y grupos de interés a quienes se les permite exponer sus puntos de vista respecto al referendo. Se plantea la discusión acerca del alcance del pronunciamiento que debe emitir la Corte y que:

---

<sup>63</sup> Ramírez, G. “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo A partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”. Universidad externado de Colombia. 2006.

<sup>64</sup> Ramirez. (op.cit.p.2)

*“En cuanto a la competencia de la Corte, la naturaleza de la ley objeto de estudio y los parámetros de control, se plantean las siguientes consideraciones: el referendo es un mecanismo que permite cristalizar el derecho a la participación en la conformación y ejercicio del poder político, cuyas reglas deben ser estrictamente respetadas (16, 26, 27, 150); la convocatoria a referendo se hace en colaboración armónica y separada de los poderes públicos y no se agota en la observancia de requisitos de forma, sino que debe contribuir a la realización de los fines del Estado y evitar que sea un instrumento de manipulación de los gobernantes (16); la adopción de normas constitucionales contrarias a las normas imperativas del derecho internacional rompería la integridad de la Constitución (4, 7, 20, 23, 37); la ley que convoca un referendo constituye un mecanismo de participación ciudadana y, por tanto, corresponde a una ley estatutaria que debió seguir el trámite de este tipo de leyes; la intención de reformar la Constitución otorga la naturaleza jurídica de un acto legislativo y no de una ley ordinaria (22); la ley que convoca a referendo es una ley en sentido formal, con características especiales (el interviniente indica criterios que permiten considerar su especialidad) (150); la competencia de la Corte Constitucional está limitada a asuntos de procedimiento, a favor del principio democrático y la libre autodeterminación de los pueblos como constituyente originario (17, 19, 84, 150); el juicio de constitucionalidad no se reduce al ámbito puramente procedimental, pues la expresión “solo”, mencionada en el artículo 241 Superior, no debe ser entendida en sentido literal sino articulada con otras normas de la Carta (71); que la ley que convoca a referendo es una ley especial cuya naturaleza y alcance debe ser determinado previamente por la Corte Constitucional (81).*

*Otros intervinientes estiman que la Corte debe pronunciarse sobre la conveniencia y constitucionalidad de los requisitos de forma de la ley, por no tener competencia para hacerlo respecto del contenido material (1, 84); que en caso de existir vicios estructurales la ley, deberá ser devuelta al Congreso para que los subsane (13); que aunque la convocatoria a referendo sólo podrá ser declarada inconstitucional si se desconocen requisitos de forma, se autoriza la acción pública de nulidad contra estos actos dentro del año siguiente a su promulgación (113); que el control de constitucionalidad de la ley exige un estudio riguroso del contenido y antecedentes del título XIII de la Carta y de los contenidos y, pronunciamientos judiciales respecto, de las leyes 5ª de 1992 (reglamento del Congreso) y 134 de 1994 (estatutaria de los mecanismos de participación) (150, 156, 158); y que la Corte debe determinar si en el proceso de reforma a la Constitución mediante referendo, el pueblo actúa como Constituyente originario o como simple órgano de control político que refrenda o rechaza un acto aprobado por el Congreso (81).<sup>65</sup>”*

La discusión en este sentido sigue, tratando no solamente el tema en sí del referendo, sino también si la Corte debe tratar el caso y declarar sobre el mismo, o si debe ser por parte del Congreso u otro organismo de control.

Finalmente, como lo resume Ramírez (2006):

*[“1. Se comprueba que la Corte extendió su jurisprudencia respecto a la posibilidad que tiene ésta de revisar si se superaron las competencias del órgano reformador, convirtiéndose en constituyente, y la de control automático de la ley de referendo*

---

<sup>65</sup> Ramírez. (op.cit.p.3)

*(Sentencia C-551-03) a las impugnaciones que mediante acción de constitucionalidad se presentan de las modificaciones de la Constitución por acto legislativo.*

*2. En una primera etapa de la implementación de dicho control (Sentencias C- 1200 de 2003, C-572 de 2004 y C- 816 del mismo año), la Corte evade su responsabilidad de revisar el fondo de las reformas demandadas, alegando la mala formulación del cargo o dando prevalencia al aspecto formal sobre el procedimental, y utiliza el mecanismo procesal de la inhibición para evadir el problema.*

*3. Sin embargo, se comprueba que desde la primera sentencia, que se encarga de revisar el contenido de un acto legislativo (Sentencia C-1200 de 2003) la Corte a partir de diferenciaciones y conceptualizaciones excesivas, empieza a hacer nugatoria la potestad de controlar materialmente las reformas a la Constitución*

*4. En esta primera etapa, nada se dice respecto a la definición de los límites competenciales o cuáles son los principios básicos que se protegen en la Carta de 1991 para la eventual impugnación de un acto legislativo.*

*5. La Corte desecha la oportunidad única de crear jurisprudencia en torno al tema de las limitaciones y potestades del control en casos específicos como la demanda de vulneración del Bloque de constitucionalidad que se presenta con el caso que resuelve la Sentencia C- 816 de 2004, y opta por hacer prevalecer el análisis procedimental sobre el material.*

6. Se presenta, en una segunda etapa del control, la primera sentencia que enfrenta razonadamente los cargos de sustitución esgrimidos en la demanda, la Sentencia C- 971 de 2004. Sin embargo, los “tests de razonabilidad” y la metodología que se utiliza para resolver las impugnaciones de la demanda son confusas y ambiguas, ya que parte de una axiología analítica cuestionable, que facilita el “subjetivismo judicial” en la decisión.”<sup>66</sup>

Por ende, el esquema del Control de Constitucionalidad opera bajo la jurisdicción que le permite la Constitución Política de 1991, éste es, un esquema mixto, que combina el modelo difuso y el concentrado, tal y como lo indica su nombre. De igual forma es un esquema integral ya que su ámbito recae sobre todas las normas del ordenamiento, complejo al encargársele esta función a las distintas instancias estatales y abierto a cualquier ciudadano o juez de la República para su ejercicio.

La denominada excepción de inconstitucionalidad permite a un juez o inclusive a una autoridad administrativa abstenerse de aplicar una norma para un caso en concreto y con efectos inter partes, en sucesos en los cuales ésta contraría la Constitución. Razón por la cual el art. 11 de la Ley 270/96 establece como: “*parte integrante de la jurisdicción constitucional a la Corte Constitucional y a demás corporaciones y juzgados que excepcionalmente cumplan funciones de control judicial constitucional, en los casos previstos en la Constitución y en la ley*”; sin embargo la ley estatutaria de administración de justicia organiza siguiendo los lineamientos constitucionales a dos órganos como los encargados de ejercer el control concentrado de constitucional, estos son: La Corte Constitucional y el Consejo de Estado de manera residual.

---

<sup>66</sup> Ramírez. (op.cit.p 24)

Complementando lo anterior, el esquema constitucional de 1991 contempla la acción de tutela<sup>67</sup>, que aunque no es considerada como un pronunciamiento judicial de fondo, puede incluirse como un corolario del derecho a la supremacía de la Constitución. Siendo la Corte Constitucional el órgano de revisión y cierre de los procesos de tutela en Colombia.

Primeramente, *“en relación al control que ejerce la Corte Constitucional debe distinguirse entre el control formal –dirigido a constatar el sometimiento del órgano legislativo a los tramites impuestos por el mismo ordenamiento para exteriorizar su voluntad- y el material instituido para preservar la supremacía constitucional”*<sup>68</sup>.

*“El control constitucional que es confiado a la Corte es integral, ya que en el momento en que se ejerce este debe confrontar las normas impugnadas con la totalidad de los preceptos contenidos en la Constitución, y no únicamente en relación con aquellas disposiciones invocadas por el sujeto; por ende si la Corte llega a encontrar que el acto impugnado adolece de vicios de constitucionalidad material o procedimental distintos a los ya señalados por el demandante debe entrar a estudiarlos aún cuando no hayan sido considerados por el actor”*<sup>69</sup>. Las sentencias C o de constitucionalidad emitidas por la Corte tienen efectos generales (erga omnes), obligatorios y constitutivos (ex nunc) y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo que permite que estas decisiones adoptadas por la corte gocen de seguridad jurídica.

---

<sup>67</sup> Art. 86, Constitución Política de Colombia. (1991)

<sup>68</sup> Sentencia C-669 de 2004

<sup>69</sup> Sentencia C-669 de 2004

La cosa juzgada material limita la competencia del legislador para reproducir el contenido material de la norma contraria a la Carta Fundamental y por ello declarada inexecutable. El inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política establece que: “Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. Cuando el legislador desconoce esta prohibición, la Corte debe proferir un fallo de inexecutableidad por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política. Sin embargo no todas las sentencias emitidas por la corte hacen tránsito hacia cosa juzgada, tan solo aquellas que posean tal carácter serán cobijadas bajo dicha disposición, pero si la sentencia es de tipo C, no hay posibilidad de reproducir aquello que fue declarado inexecutable.

La Corte emite su fallo sobre las demandas de inconstitucionalidad promovidas por los ciudadanos en cuanto a los siguientes actos: actos reformativos de la constitución, convocatoria a un Referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución –en cuanto a vicios de procedimiento, las leyes ordinarias, los decretos con fuerza de ley, referendos sobre leyes, consultas populares, plebiscitos del orden nacional, decretos legislativos dictados por el Gobierno –en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución, y expedidos durante los estados excepcionales de guerra, conmoción exterior y emergencia (Art. 241.7)-, proyectos de ley objetados por el gobierno, proyectos de leyes estatutarias, tratados internacionales todo esto bajo las directrices contempladas en el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, el cual revisaremos a profundidad más adelante.

En cuanto a la facultad otorgada a la Corte Constitucional para revisar la constitucionalidad de los actos reformativos de la constitución por vicios de forma, vale la pena recalcar su alcance esto debido a la implementación de la teoría de la sustitución constitucional.

El artículo 241 de la Constitución, consagra en su numeral 1. Lo siguiente: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

Puede observarse que el texto constitucional es claro al sujetar la labor de la Corte Constitucional, únicamente a vicios de procedimiento en la formación de los actos reformativos de la constitución, pero este límite no ha sido compartido por la jurisprudencia constitucional, debido a la adopción de la figura de la sustitución constitucional.

En la sentencia C-551 de 2003, se estableció que el poder de reforma no puede sustituir, derogar, suprimir, reemplazar o destruir la constitución, esto debido al titular de cada uno de los poderes, y el límite mismo que representa la constitución para los poderes constituidos, en especial para el poder de reforma.

Lo anterior se debe a una noción del derecho constitucional general, ya que es bien sabido que el poder constituyente primario no solo es el encargado de adoptar la constitución, este realiza toda una serie de compromisos y de decisiones fundamentales para el ordenamiento jurídico, estableciendo la estructura del Estado, las garantías básicas e inalienables de los individuos y su relación con el Estado y la comunidad (entre otras definiciones esenciales), razón por la cual la Carta Política en sus elementos esenciales trasciende al poder de

reforma, ya que sería una contradicción entregar la capacidad de reformar la constitución a un poder constituido que no se encuentre sujeto a los límites propios de la constitución, ya que dicho poder existe como una competencia jurídica organizado por la constitución misma<sup>70</sup>.

*“El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia”<sup>71</sup>.*

De tal manera que con la teoría de la sustitución constitucional, el juez de control de constitucionalidad no analiza si la reforma es contraria a uno u otro artículo en particular de la constitución, lo que contrasta la corte es si la reforma sustituye, cambio o trasforma de en tal grado los principios y valores que definen la constitución, de tal forma que la reforma después de aprobado, no dé como resultado una constitución nueva o absolutamente diferente a la anterior<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Sentencia C -551-03 consideración jurídica 37.

<sup>71</sup> Ibidem

<sup>72</sup> Ibidem

Pero la teoría de la sustitución constitucional plantea un problema frente al papel del poder de reforma, ya si este último es entendido como un mecanismo instaurado por el poder constituyente primario para permitir la permanencia de la constitución, esto es la capacidad del texto supremo para adoptarse a las nuevas realidad, manteniendo así vigencia y consecuencia entre lo dispuesto normativamente y el devenir de la realidad, para no convertirse en lo que Lasalle denomino la “*hoja de papel*”.

Sobre este punto la Corte Constitucional en Sentencia C-1200-03, estableció que: *“El poder de revisión de la Constitución es una de las formas de preservar la Constitución adaptándola a la evolución de una sociedad, ajustándola a necesidades y propósitos que se han tornado imperativos o corrigiendo fallas específicas en el diseño inicial. Su función es garantizar la permanencia de la Constitución adoptada por el poder constituyente, no sustituir la Constitución por otra diferente (...) Por eso, impedir que la Constitución sea reformada es sembrar la semilla de su destrucción, lo cual va en contra de la misión del juez constitucional de defender la Constitución. Pero el juez constitucional tampoco puede ser indiferente ante revisiones constitucionales que en realidad sustituyen la Constitución so pretexto de reformarla, sin que ello signifique crear por vía judicial normas pétreas ni principios intangibles”*.

Vale la pena aclarar tres conceptos relacionados pero diferentes entre sí, estos son: la intangibilidad, la insustituibilidad y la violación constitucional.

La corte constitucional se ha referido al concepto de la intangibilidad, como aquella prohibición que impide tocar el núcleo de un principio fundamental, esto es afectar uno de los principios definitorios de la constitución, mientras que la insustituibilidad de la

constitución, impide transformar la constitución en otra totalmente distinta, esto es un cambio de tal envergadura que la constitución original sea remplazada por otra<sup>73</sup>.

Así mismo, con el concepto de la violación constitucional, se hace referencia a la contradicción, oposición que existe entre la norma superior y otra norma de inferior naturaleza: *“Si se aplicara el concepto de violación al control de las modificaciones a la Constitución, toda reforma constitucional al contradecir lo que dice la norma constitucional por ella reformada sería violatoria de la Constitución, lo cual tornaría en inmodificable la Constitución y supondría degradar al rango de norma inferior toda reforma constitucional por el hecho de ser reforma del texto original. Esta conclusión es inadmisibile no solo en teoría sino en virtud de lo dispuesto por el artículo 374 de la Carta”*<sup>74</sup>.

*“En cambio, la sustitución de la Constitución consiste en remplazarla, no en términos formales, sino materiales por otra Constitución. Si bien todo cambio de una parte de la Constitución conlleva, lógicamente, que ésta deje de ser idéntica a lo que era antes del cambio, por menor que éste sea, la sustitución exige que el cambio sea de tal magnitud y trascendencia material que transforme a la Constitución modificada en una Constitución completamente distinta. En la sustitución no hay contradicción entre una norma y otra norma sino transformación de una forma de organización política en otra opuesta. Por eso los ejemplos que enunció la Corte en la sentencia C-551 de 2003 partieron de la oposición entre república y monarquía, democracia y dictadura, estado de derecho y totalitarismo. Así, el Congreso colombiano no podría, al ejercer su competencia para reformar la*

---

<sup>73</sup> Sentencia C-1200-03

<sup>74</sup> Sentencia C-1200-03

*Constitución, establecer una monarquía parlamentaria, aunque esta respondiera a los principios de un estado democrático de derecho, como por ejemplo lo es España desde la Constitución de 1978. Lo anterior no obsta para que el pueblo, cuando actúe como constituyente soberano, pueda sustituir la república por la monarquía parlamentaria”.*<sup>75</sup>

Ahora, cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional por considerarla inconstitucional, éste tiene la carga argumental de demostrar que la magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la constitución haya sido sustituida por otra, tal y como se expresa en la sentencia C 1200 del 2003. Esto es ratificado en sentencias posteriores tales como la C- 572 del 2004 y la C- 293 del 2007, de tal forma que el ciudadano debe concretar y especificar con claridad y no meramente de forma genérica, el cargo de inconstitucionalidad.

Para estos casos, de demandas de inconstitucionalidad por sustitución, se exige que tanto el actor en la demanda y la Corte en el estudio de constitucionalidad, tengan una mayor carga argumentativa que en las que se establece para las demandas de inconstitucionalidad (sentencia C-1040 de 2005).

*“Cuando en la demanda no se establece la proposición jurídica completa, se está vulnerando el principio de suficiencia que deben tener las demandas de constitucionalidad y que consisten en la necesidad de que los actores formulen los cargos exponiendo todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche (...)”*<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Sentencia C-1200-03

<sup>76</sup> Sentencia C- 574 del 2011. MP Juan Carlos Henao Pérez.

De igual forma la sentencia C- 574 del 2011 establece los criterios que debe tener la Corte al revisar las demandas de inconstitucionalidad por sustitución, a saber:

1. Comprobar que no se haya sobrepasado el límite de caducidad.
2. Comprobar que el elemento esencial es irreductible a un artículo.
3. Analizar cada caso en concreto, sin dejar de lado los precedentes sentados en la materia.
4. Realizar el juicio de sustitución.

En cuanto al Consejo de Estado, este ejerce funciones –además de las que le corresponden como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo- destinadas a la preservación de la integridad de la Constitución ya que a partir del artículo 237 de la Constitución Política, le compete decidir sobre *las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional*. Por lo anterior, el Consejo por vía residual se ocupa de aquellos actos que no están atribuidos a la Corte.

#### **i. Funciones de la Corte Constitucional en Colombia**

Es a la Corte Constitucional a quién le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y por esa razón es quien decide sobre las demandas de inconstitucionalidad que hacen los ciudadanos a las leyes u otros actos del gobierno. Tal precepto queda planteado en el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia en donde se precisan las funciones de la Corte.

*“ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

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

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

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

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

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

*7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.*

*8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes*

*estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*

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

Como se mencionaba hay ciertas formas en que por vía de acción o excepción, se aplica el control de constitucionalidad. Profundicemos al respecto:

## **ii. Acción de inconstitucionalidad**

En Colombia la acción de inconstitucionalidad nace con el Acto Legislativo 3 de 1910. Posteriormente en 1991 surge la Constitución, que es pluralista y se afirma que es la guardiana de los derechos de los ciudadanos a través de instrumentos que aseguren su protección y eficacia. Uno de estos instrumentos es la acción de inconstitucionalidad, que es una herramienta de la Corte Constitucional a partir de la cual procede a revisar íntegramente la constitucionalidad de la norma demandada, o sea su fondo y forma.

Por esta acción ser pública, ya que la puede interponer cualquier ciudadano (lo que también la hace política, porque la calidad de ciudadano lo que hace es permitir el ejercicio de

derechos políticos y civiles, por sí mismo) directamente y sin necesidad de trámite previo, la decisión tiene efectos erga omnes (para todo el ordenamiento) y de cosa juzgada, queriendo decir que es absoluta, al menos en su parte resolutive y lo que guarda relación con esta parte.

Por otro lado es una acción donde no hay contraparte, puesto que es un juicio en contra de la ley, que termina en una decisión donde se declara su exequibilidad, inexecutable, exequibilidad o inexecutable condicionada, dependiendo de lo que se considere que sea mejor para permitir la guarda de la integridad y supremacía de la constitución. Cuando la decisión termina en inexecutable, implica que la norma es inconstitucional y debe ser retirada del ordenamiento y al ser retirada, no puede ser aplicada porque ya no existe. La Corte señala el efecto de sus fallos, ya sean ex nunc o ex tunc. En cuanto a la caducidad, no hay un término para ella, salvo por vicios de forma que se cuenta un año a partir de la publicación del acto (artículo 242 Constitución).

Básicamente la acción de inconstitucionalidad se trata de un recurso que tiene todo ciudadano para impugnar la ley ante un guardián que actúa como juez independiente e imparcial, como precepto de un estado de derecho en donde por virtud de la supremacía constitucional, toda norma que no sea ella (la constitución) debe pasar por un control judicial que busca garantizar la efectividad de los derechos constitucionales.

La creación de la Corte Constitucional para tales propósitos tiene asideros fuertes, ya que con ella se buscó que la jurisdicción constitucional estuviera unificada, con un máximo órgano que le diera sentido. A pesar de que se buscó asegurar que todos los jueces de la

Republica, fueran guardianes de la integridad de la constitución, se consolidó bajo una única jurisdicción, la constitucional, a la Corte como máximo órgano y por debajo de ella a todos los jueces cuando se encuentran frente a una acción de tutela, la cual solo busca defender derechos fundamentales. Por último se creó principalmente para velar por la supremacía constitucional.

### **iii. Excepción de inconstitucionalidad**

Del artículo 4 de la Constitución Colombiana, no sólo se desprende la supremacía constitucional y los asideros de la acción constitucional, sino que también justifica que se pueda pedir la no aplicación de una norma jurídica que se estime contraria a la constitución o que se aplique esa norma en vez de otra, o sea instituye la excepción de constitucionalidad.

El origen remoto de esta disposición, al igual que el de la acción de constitucionalidad se encuentra en el “judicial review” norteamericano. En ambos, tanto en el “judicial review” como en la excepción de constitucionalidad se busca garantizar no solo el control de constitucionalidad de las leyes sino también el derecho particular de quien demanda.

La primera disposición que habla de tal excepción de inconstitucionalidad se encuentra consagrada en el artículo 40 del acto legislativo No. 3 de 1910, que versa lo siguiente: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicaran de preferencia las disposiciones constitucionales”. La redacción de este artículo deja indeterminado el sujeto activo titular de la función, por ende al respecto hay tres posiciones doctrinarias a saber:

Por un lado, la posición minoritaria de autores como Alfredo Araújo Grau, para quienes “solo el Poder Judicial puede hacer uso de la facultad concedida por el artículo 40 del Acto Legislativo No.3 de 1910, en los casos concretos que lleguen a su estudio en virtud de los trámites del procedimiento judicial. El fallo que profiera, sólo tiene efecto para el litigio en que se dicte. La ley suspendida sigue rigiendo y puede ser aplicada en el futuro por los demás jueces y hasta por el mismo que pronunció la decisión anterior. Cuanto a las autoridades administrativas, están en el deber de cumplir todas las leyes sancionadas y promulgadas. En ningún caso pueden discutir su concordancia u oposición con el Estatuto Fundamental.”<sup>77</sup> En su opinión, la razón de fondo era sencillamente la de que solo los jueces tienen a su cargo la función de dar aplicación a las normas jurídicas.

Por otro, la defendida por otros autores como Moreno Jaramillo, para quien la cosa era muy distinta. A su juicio, “entre nosotros todo el que va a aplicar la ley (...) está en la obligación de desatender sus preceptos cuando pugnan con las normas constitucionales. Esto no admite distingos ni subdistingos. El artículo 40 es de una claridad perfecta”<sup>78</sup>.

Y, finalmente, la posición de juristas como Carlos E. Restrepo (2006) y Eduardo Rodríguez Piñeres, muy poco convencidos de las bondades del artículo y profundamente recelosos de los efectos que de él pudieran seguirse. Tanto el uno como el otro consideraban que aunque era “indiscutible que el artículo no hacía distingo alguno respecto de quién o quiénes eran los llamados a esa aplicación preferencial de las normas constitucionales, y por ende mal podía construirse uno cualquiera artificiosamente, en todo caso resultaba en extremo

---

<sup>77</sup> Araújo Grau, Alfredo (op.cit.p.101).

<sup>78</sup> Moreno Jaramillo, Miguel (op.cit.pp.100 y 101).

inconveniente pensar en que, por principio, “las autoridades inferiores” pudieran enjuiciar las leyes. A su juicio, la solución estaba por el lado de usar más bien la fórmula de la acción de inconstitucionalidad, de modo que fuera solo una autoridad judicial de la jerarquía de la Corte Suprema la que ejerciera el control de constitucionalidad.”<sup>79</sup>.

#### **iv. Funciones del Consejo de Estado**

El Consejo de Estado “es el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, resuelve en última instancia los procesos que involucran al Estado y a los particulares, o los procesos que involucran a dos Entidades Estatales; además cumple una función consultiva pues es el órgano al que debe recurrir el Gobierno antes de tomar ciertas decisiones, no para pedir autorización, sino para saber de su consejo, dictamen u opinión en ciertos asuntos”<sup>80</sup>

El artículo 237 de la Constitución contempla las siguientes atribuciones para el Consejo de Estado:

*“ARTICULO 237—Son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en*

---

<sup>79</sup>Esguerra. Juan Carlos “La Protección Constitucional del Ciudadano”. Editorial Legis, Primera Edición, Bogotá. 2004. Pág 412-413.

<sup>80</sup> Recogido de: [<http://www.consejodeestado.gov.co/>], el 24 de Noviembre de 2012.

*aguas o en territorio o en espacio aéreo de la Nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado. 4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley. 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley. 6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley. 7. Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley.*

*PARÁGRAFO. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.”*

En relación con el tema que nos compete, en un acto reformativo de 1914 a la Constitución de 1886, al Consejo de Estado se le asignó la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, lo cual habíamos mencionado anteriormente. Como consecuencia de esto, surgieron conflictos de competencia con la Corte Suprema de Justicia.

Tales conflictos se resolvieron a través de la reforma de 1945, que modificó la constitución de 1886 y que en su artículo 216 estableció que “corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76 ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la constitución”. De esta forma se establecieron los límites bajo los cuales debía operar el

Consejo de Estado, dejándole competencia sobre los decretos ordinarios dictados por el gobierno nacional.

Con la creación de la Corte Constitucional en 1991, el Consejo de Estado siguió con su control de constitucional residual, es decir conociendo de las demandas de inconstitucionalidad contra los decretos de los cuales no conoce la Corte Constitucional. Esto se ve plasmado en el artículo 111 del nuevo código de procedimiento administrativo, en donde se establece que le corresponde conocer a la sala plena del Consejo de Estado “de la nulidad por inconstitucionalidad que se promueva contra los decretos cuyo control no corresponda a la Corte Constitucional”.

El artículo 135 del mismo Código hace referencia a la nulidad por inconstitucionalidad de la siguiente manera:

*“ Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.*

*También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.*

*PARÁGRAFO. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional.*

*Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”.*

*De igual forma, “en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley”<sup>81</sup>.*

Lo anterior aplicando el principio de supremacía constitucional, plasmado en el artículo 4 de la Constitución, que obliga a la inaplicación de cualquier normas inferior a la constitución por ser contraria a esta.

En cuanto a la competencia material, la Sala Plena del Consejo de Estado, conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, la cual procede contra decretos del gobierno que se dicten en ejercicio de función distinta a la administrativa.<sup>82</sup>

Tras esta descripción del Control Constitucional en Ambos países, pasemos a analizar las comparaciones que se pueden realizar al respecto.

---

<sup>81</sup> Código Contencioso Administrativo. Artículo 148.

<sup>82</sup> Código Contencioso Administrativo. Artículo 97. Numeral 7.

## VII. COMPARACIÓN

### i. Similitudes de los sistemas de control constitucional

Luego de realizar un recorrido histórico, y una exposición sobre la implementación de cada uno de los sistemas de control de constitucionalidad, correspondiente a cada uno de los objetos de estudio: el Judicial Review en Estados Unidos de América y el Control Constitucional en la República de Colombia, pasaremos a presentar aquellas similitudes que convergen en ambas figuras.

Primeramente, damos cuenta que en ambas naciones el control recae bajo **la rama judicial** la cual es la principal encargada de salvaguardar ambas constituciones. En cada uno de los países se configura un máximo órgano que apoyado en su carta constitucional, tiene como máxima función la salvaguarda de ambas constituciones como norma de normas.

En ambos Estados la **supremacía constitucional** es el punto de partida y la que da lugar a la necesidad del Control Constitucional.

En cuanto a su accionar, existe una similitud en los dos sistemas, correspondiente a la figura denominada como *excepción de inconstitucionalidad* en Colombia, la cual permite que un juez –ó inclusive una autoridad administrativa- pueda abstenerse en la aplicación de una norma con efectos interpartes en un caso. Aquí es pertinente hacer la salvedad que en el Judicial Review, la decisión puede llegar a ser erga omnes, si el órgano que se está pronunciando es un superior jerárquico o de cierre.

De igual forma, para ambos casos se necesita de un proceso judicial para tener un pronunciamiento. Es decir es necesario un procedimiento reglado previamente y el cual va de la mano al derecho al debido proceso.

En cuanto a los órganos de cierre, hay similitud en cuanto en ambos sistemas hay un último órgano, haciendo que un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, tenga los mismos efectos que una sentencia de tipo C de la Corte Constitucional de Colombia.

Por otra parte, en ambos sistemas el control de constitucionalidad se consagró como una garantía para el ciudadano, tanto por el “Writ of Certiorari” y la revisión por la acción de tutela.

Finalmente, en ambos sistemas al usar el Judicial Review y el Control de Constitucionalidad concentrado, se establece un sistema de precedentes constitucionales, vinculantes para todos los Tribunales y Jueces.

## **ii. Diferencias de los sistemas de control constitucional**

Entre las diferencias se destaca el origen del control, en relación con su ejercicio en Estados Unidos es la decisión de 1803 de Marbury vs Madison, el cual es el primer dictamen del Tribunal Supremo en donde afirma explícitamente el poder de revisión judicial, o el poder de dejar de aplicar las leyes que violen la Constitución.

El control constitucional en Colombia encuentra sus orígenes remotos en la Constitución de Cundinamarca de 1811 en su artículo noveno en el cual se establece que todo ciudadano puede reclamar a los poderes públicos por actos contrarios a la constitución. El control era realizado por un cuerpo político ya que era al Congreso a quien le correspondía interpretar la constitucionalidad de las leyes. Y en Colombia se ejerce el control, a diferencia que en Estados Unidos, no solo cuando una norma aplicable en ciertos casos vaya en contra de la constitución, sino al momento en que se presenta la acción pública de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano y la Corte declara la norma como exequible o inexecutable (situación similar se presenta cuando se interpone la acción de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado, y este declara la norma nula por razones de inconstitucionalidad).

Así mismo, en Colombia es más participativo el proceso, como se evidencia en la posibilidad de intervenciones ciudadanas del gobierno y la obligatoriedad de la participación del Ministerio Público en las demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, mientras que el control estadounidense está más que todo en manos de los jueces, los tribunales y la Corte Suprema, enmarcado a las partes que integran un proceso y a consideraciones particulares del caso a resolver por parte de la autoridad judicial.

Para concluir, mientras en Estados Unidos el control se da por vía de excepción y con efecto inter partes (dependiendo del órgano que produce la sentencia), estando en manos de los jueces y tribunales de los Estados, siendo por naturaleza difuso; en Colombia es por vía de acción y vía de excepción, tiene efecto tanto erga omnes como inter partes, tiene una fuerte característica pública, y si bien es principalmente aplicado en su órbita abstracta por

la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, otros jueces están facultados de igual forma para ejercerla (vale aclarar que en lo referente a acciones de tutela o excepciones de inconstitucionalidad, los efectos de tales decisiones son inter partes), puede surgir partir de la intervención de cualquier ciudadano, y es mixto, en la medida que combina elementos del modelo difuso y del concentrado.

## VIII. CONCLUSIONES

Luego de ahondar de una manera minuciosa dentro del surgimiento, desarrollo e implementación del control constitucional, se puede concluir que hay relación entre Colombia y Estados Unidos en su Control Constitucional, y que más allá de las discrepancias surgidas a partir de la estructuración de su modelo estatal (el primero centralista y el segundo federalista), encontramos como fin último del orden constitucional, el apuntar hacia la defensa de la supremacía de las constituciones como *norma de normas*.

El control de constitucionalidad, en ambos casos funciona como un escudo que blindo las constituciones, para prevenir posibles alteraciones que generen un desequilibrio dentro del sistema. Algunos aspectos de la brillante ingeniería constitucional de Estados Unidos se extrapola hacia Colombia, (claro está que Colombia recibe influencias mixtas, no solo de Estados Unidos) llegando a habitar dentro de las primeras constituciones y formalizándose completamente en la constitución de 1991, como protección ante cualquier intento de exceso de poder o violación a los derechos y normas previstas en la Carta.

Con esto pues, se cumple con la descripción, revisión, comparación y análisis planteado al comienzo de este estudio, pero más allá de esto, la verdadera importancia radica en el área pertinente, la práctica.

La presencia de este tipo de herramientas fue lo que en parte forjó y blindó el Estado de Derecho, lo cual no solo permitió el desarrollo del mundo hasta llegar al que conocemos actualmente sino que su estudio también permite que se comiencen a generar mecanismos

para proteger las constituciones, ya que a la larga estas constituyen la columna vertebral del andamiaje del Estado.

Para culminar, quisiera resaltar la cercanía entre ambas naciones, una unión que -aunque muchas veces criticada- ha permitido la coexistencia y cooperación de ambos estados, reforzando cada día más sus relaciones y que se manifiesta en parecidos entre ambas Constituciones, incluyendo el Control que se ejerce a la misma, pero que en últimas cada Control Constitucional responde a particularidades de las circunstancias históricas y jurídicas de cada Estado.

## **IX. BIBLIOGRAFÍA**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE 1984

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE 2011

ACTO LEGISLATIVO 3 DE 2011

BARRERO, A., & ALONSO, M. (1989). Textos de Derecho Local Español en la edad media: Catalogo de Fueros y Costums municipales. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Ciencias Jurídicas. Biblioteca Nacional de Madrid.

BAUM, L. (2007). The supreme court. Cq Press.

BAUM, L. (1994). La Suprema Corte. Función y comportamiento en la sociedad norteamericana, trad. de Cristina Piña, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, colección Estudios Políticos y Sociales.

BICKEL, A. (1986). The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Yale University Press.

BLANCO, G. “De la interpretación legal a la interpretación constitucional”.

BLANCO, R. (2006). El valor de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial.

CERRA, E. (2001). El Control de Constitucionalidad. Revista de derecho. Universidad del Norte 16: 162- 179 VII.

CHANTEUR, J. (1980). La loi en Platon. En Archives de Philosophie du Droit, en Sirey, París.

DWORKIN, R. (1993). "Life's dominion: an argument about eutanasia and individual freedom"

ELKINS, Z., GINSBURG, T., & MELTON, J. (2009). The Endurance of National Constitution. Ed., Cambridge University Press.

ESGUERRA, J.C. (2004). La Protección Constitucional del Ciudadano. Editorial Legis, Primera Edición, Bogotá.

ESTRADA, M. (1998). Principios constitucionales del derecho a la información. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Letras y Ciencias Humanas. EAP de Bibliotecología y Ciencias de la Información. Lima, Perú.

FINCK, D. (1997). The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court, 20 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 123. Boston College International and Comparative Law Review Volume 20 | Issue 1 Article 5, 12-1.

GIRÓN, E. (2003). El Control de Constitucionalidad en Colombia. VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sevilla, 3 A 5 de Diciembre de 2003. Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz, España.

GONZALES, J. (2008). La Suprema Corte de Estados Unidos y el Derecho Internacional. El Caso Medellín Vs. Texas del 25 de Marzo de 2008. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

GUERRERO, R. (2006). El control de constitucionalidad sobre Interpretaciones judiciales. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Público

GUTIÉRREZ, I. (1997). Introducción a la historia de la logopedia. Editorial Nercea S.A.

HAMILTON, A., MADISON, J., & JAY, JOHN. (2009). El Federalista. Ed., The Belkan Press of Harvard University.

HARO, R. (2004). El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.

HUTCHINSON, A. (2008). A hard core case against judicial review. Harvard Law Review.

LOPEZ, D. “El derecho de los jueces”.

LOUGHLIN, M. (2010). “Foundations of Public Law”. Ed. Oxford University Press.

MONROY, M. (2007). Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional. Colección textos de jurisprudencia. Universidad del Rosario.

MONTESQUIEU, C. (1748). Es espíritu de las leyes. Londres Por Rosa.

NARANJO, V. (1997). Teoría constitucional e instituciones políticas. 7ª. Ed. Santafé de Bogotá: Temis.

NAVAS, A. y NAVAS, F. (2005). “Derecho Constitucional y Estado Constitucional” Ed. Manuales Jurídicos Dykinson.

POSNER, R. “How judges think”.

PORRÚA, F. (1999). “Teoría del Estado” Ed. Porrúa, México.

QUINCHE, M. “Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas”.

RAMÍREZ, G. (2006). El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo A partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003. Universidad Externado de Colombia.

RESTREPO, P. (2006). Control de Constitucionalidad: Colombia y Republica de Nueva Granada. 1821-1860. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

SANTAOLALLA, F. (2004). Derecho Constitucional. Dykinson S.L.

SCAGLIA, A. “Common- law courts in a civil-law system: the role of United States federal courts in interpreting the constitution and laws, in a matter of interpretation (Amy Gutman ed., 1997).”

SCARCIGLIA, R. (2011). Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Dykinson S.L.

SIEGEL, R. “Dead or alive: Originalism as popular constitutionalism in Heller”. Harvard Law Review. Vol. 122:191

TOBO, JAVIER. (1996). La corte constitucional y el control constitucional en Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

VALENCIA, H. “Cartas de Batalla”

VIDAL, J. “Derecho Constitucional general e instituciones políticas Colombianas”.

ZULUAGA, R. (2003). El Carácter Integral, Complejo y Abierto del Sistema Colombiano de Control de Constitucionalidad. Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa. Criterio Jurídico Santiago de Cali-Colombia N° 3.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 551 de 2003

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 002 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 497A de 1994 (MP. Vladimiro Naranjo)

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-141 del 2010 (MP. Humberto Sierra)

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 036 d 2007 (MP. Clara Inés Vargas)

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 644 de 2004 (MP Rodrigo Escobar)

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1200 de 2003

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 572 de 2004

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 816 de 2004

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 971 de 2004

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 293 de 2007

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 1040 de 2005

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia 574 de 2011

SENTENCIA SALA PLENA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 24 de Mayo de 1990, exp. 2149 E.

SENTENCIA SALA PLENA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 9 de Diciembre de 1990, exp. 2114.

HARVARD LAW REVIEW. "Judicial review of congressional fact- finding". Volumen 122:767.

US SUPREME COURT. "Baker vs. Carr" 1961

US SUPREME COURT. "In re Duncan" 139 US 449