



IUS. Revista del Instituto de Ciencias  
Jurídicas de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla  
A. C.  
México

Echeverri Quintana, Eudoro

La interpretación constitucional: ¿eclipse del control al poder?

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. X, núm. 37, enero-  
junio, 2016, pp. 59-83

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.  
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293246793004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# La interpretación constitucional: ¿eclipse del control al poder?\*

## *Constitutional interpretation: Eclipse of control to power?*

Eudoro Echeverri Quintana\*\*

### RESUMEN

*El presente artículo tiene como propósito generar el debate acerca de la realidad del contenido del título. Se apuntó a aspectos generales del tema central. Seguidamente, se abordaron problemas de la Corte Constitucional en su función principal de la guarda de la Constitución, como los relativos a su jurisprudencia del estado de cosas inconstitucional. Se analizaron algunas ambivalencias en relación con el control de constitucionalidad como el principio in dubio pro legislatoris. Se hicieron críticas respecto a la sistemática política oficial de inadmitir en alto volumen las demandas de acción pública, contraviniendo precisamente su razón de ser. Se analizaron unas sentencias de tutela donde las decisiones parecieran obedecer a criterios selectivos para favorecer a sectores privilegiados y en otras se predica una mutación constitucional. Se cuestionó que los titulares de la Corte Constitucional asumieran el conocimiento de reformas constitucionales sobre aspectos que les comprometen, cuando en su lugar deben hacerlo los conjueces. También se elaboró una crítica al Consejo de Estado como guardián residual de la Carta.*

**PALABRAS CLAVE:** Constitución Política, Corte Constitucional, Tribunal Constitucional, estado de cosas inconstitucional, principio in dubio pro legislatoris.

### ABSTRACT

*This paper aims to generate a debate about the reality of content of the title. Some general aspects of the central theme were made. Then, Constitutional Court issues were addressed in its primary role of guardian of the Constitution, such as those relating to the jurisprudence of the unconstitutional state of affairs. Some ambivalence in relation to the control of constitutionality as the principle of in dubio pro legislatoris was analyzed. Criticisms were made regarding the official systematic policy of rejecting in large quantities the demands of public action, precisely contravening its raison d'être. Later, this paper added judgments relating to constitutional guardianship, where decisions seemed to be subject to selective criteria to favor privileged sectors and in others, it preaches a constitutional mutation. It was questioned that members of the Constitutional Court would assume knowledge of constitutional reforms on issues that would compromise them, when ad-hoc judges should do it in their places. Finally, there are reviews with the Council of State as residual guardian of the Charter.*

**KEY WORDS:** Constitution, Constitutional Court, High Courts, the State Council, State, unconstitutional state of affairs, in dubio pro legislatoris principle.

\* Recibido: 3 de julio de 2015. Aceptado: 14 de agosto de 2015.

\*\* Profesor en la Universidad Libre, sección Pereira, Colombia. (euecheverri@yahoo.com)

**SUMARIO**

1. Planteamiento del problema
2. Justificación del objeto de estudio
3. Desafíos de la interpretación constitucional
4. Dificultades al interior de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que menoscaban una pulcra interpretación constitucional
5. El estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional
6. Principio *in dubio pro legislatoris*
7. La Corte Constitucional en su peregrinar de las inadmisiones de demandas de acción pública y el errático trasegar de la cosa juzgada
8. La Corte Constitucional frente a algunas Acciones de Tutela.
9. ¿Debe la Corte Constitucional controlar los actos reformativos de la Constitución cuando se trata de funciones propias?
10. Control de constitucionalidad residual del Consejo de Estado
11. El acuerdo de la Corte Constitucional que reglamentó sus funciones
12. Conclusiones

**1. Planteamiento del problema**

El ejercicio racional del poder parece ser demasiado esquivo para el hombre público, inmerso en las responsabilidades enormes del Estado. De los gobernantes no hay que hacerse muchas ilusiones, salvo honrosas excepciones. Pero los gobernados albergan la expectativa de que los jueces constitucionales sean más humanos o mortales en su desempeño. Esta reflexión es particularmente oportuna frente al caso colombiano, donde existe una profunda crisis institucional imputable a las altas cortes y demás instituciones políticas con evidente relevancia en ese renglón tan caro para una democracia.

El poder tiene que ser matizado, para usar términos indulgentes. Aunque de *lege ferenda* esto se infiere de todas las autoridades públicas al servicio del Estado, para el Tribunal Constitucional es imperativo ser de su inspección e intervención a ultranza. Es relevante resaltar que:

El Tribunal Constitucional tiene una responsabilidad de “Justicia”; así, en términos de letras mayúsculas, funciones casi rayanas con lo divino, sus decisiones políticas y jurídicas velan por el bienestar de los asociados, el Estado está en sus manos, la humildad de sus integrantes debe ser proporcionalmente directa a la independencia e inteligencia. Entre su deber ser está la ponderación de sus fallos. La democracia

representativa, la participativa y la deliberativa tendrán el norte que le trace la Corporación. Los errores, desmanes o abusos por acciones u omisiones serán conjurados por ese privilegiado grupo minúsculo de seres humanos. Más que el honor por ostentar tan alta dignidad, y recibir los aplausos y homenajes de la Nación, está el compromiso derivado de ser los bastiones en la defensa de un mundo decente y menos perverso que el actual.<sup>1</sup>

La compleja estructura del Estado moderno no puede prescindir de la interpretación constitucional, por cuanto se erige en una de sus notables responsabilidades y de sus mayores desafíos. Por esta razón, Francisco Rubio Llorente<sup>2</sup> afirma: “En la medida en que el Estado contemporáneo es Estado constitucional, el problema de la interpretación es también el problema central de la teoría del Estado”. También es un asunto del poder al ser esencia vertebral del Estado. Tal vez por ello Tomás de la Cuadra<sup>3</sup> aseveró: “Para ser más exactos, podríamos afirmar que el problema de la interpretación constitucional es [...] el problema clave hoy de la ciencia del derecho y del Estado.

## 2. Justificación del objeto de estudio

El caso colombiano es de especial interés para aproximarse a un análisis de la interpretación constitucional. Goza de una aparentemente sólida tradición institucional, mientras su rama judicial atraviesa por una de sus peores crisis de credibilidad. Véase por ejemplo en la nominación y elección de los altos dignatarios del Estado. Es imperioso elegir a los más capacitados con una aureola de ética a toda prueba. Las listas deben cumplir ese primer cedazo, para que el órgano encargado de la elección garantice la justicia e institucionalidad. Por su parte, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional perdieron una oportunidad plausible reformar todo lo relacionado con este tema.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ECHEVERRI QUINTANA, EUDORO. *Acercamientos al control constitucional. Temática inacabada*, Ibáñez, Bogotá, 2014, p. 110.

<sup>2</sup> Citado por ARCE GÓMEZ, CELIN EDUARDO. *La Sala Constitucional como Legislador Positivo*. [En línea]. San José, Costa Rica, 2007. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan047691.pdf>

<sup>3</sup> Citado por ARCE GÓMEZ, CELIN EDUARDO. *Op. cit.*

<sup>4</sup> La Constitución de 1991 fue reformada mediante el Acto Legislativo 2 de 2015, norma que fue bautizada por el gobierno como “reforma al equilibrio de poderes”. Los escándalos son la comidilla diaria: el fiscal, el procurador, el defensor público, los magistrados de la Altas Cortes, Ejecutivo, Legislativo. Las decisiones en las investigaciones y en los procesos que cuestionan los nombramientos se difieren hasta su inocuidad o cuando ya haya hecho dejación del cargo el personaje.

Las cosas aparentemente cambiaron, pero todo siguió igual, como en el *Gato-pardo* de Lampedusa. Una básica consideración práctica consiste en que quienes elijan no sean los que deberán ser investigados. Por ejemplo, al procurador lo elige el Senado, quien puede sancionarlos disciplinariamente con destitución.<sup>5</sup> La Comisión de Aforados<sup>6</sup> será elegida por el Congreso, investigará a los magistrados de las Altas Cortes; a su vez, la Sala Penal investiga a los congresistas y el Congreso indaga a la Comisión. Mejor dicho, todo queda en casa.

El sistema de control de constitucionalidad en Colombia es mixto, porque la Corte Constitucional lo ostenta por excelencia en los eventos consagrados en el artículo 241 de la Constitución Política. Sin embargo, no es un control concentrado porque no lo ejerce exclusivamente. Residualmente lo efectúa el Consejo de Estado en los casos no consagrados expresamente para aquella corporación (artículo 237). Además, todos los jueces y servidores públicos en general están obligados a la aplicación directa de la Carta sobre normas infra-constitucionales y actos administrativos (artículo 4), conforme con la excepción de inconstitucionalidad y a instituciones como el control de convencionalidad.<sup>7</sup>

El universo es así vasto con iguales problemas en la seguridad jurídica, lo cual me permite partir desde el caso colombiano para aproximarme al concepto de la interpretación constitucional y sus profundas repercusiones como mecanismo del control al poder.

### 3. Desafíos de la interpretación constitucional

El juez, con mayor razón el constitucional, no puede tener ataduras distintas al derecho constitucional y al derecho internacional. El juez crea derecho,<sup>8</sup> desde luego, cuando las normas infra-constitucionales van en contravía de los mandatos superiores consagrados en aquellas. Tampoco tiene licencia para

<sup>5</sup> Violándose la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23.

<sup>6</sup> Acto Legislativo 2 de 2015, artículos 5, 7, 8 entre otros.

<sup>7</sup> ECHEVERRI QUINTANA, EUDORO. *Op. cit.*, pp. 237-265.

<sup>8</sup> Sentencia T-478 de 2015, Acción de tutela presentada por Alba Lucía Reyes Arenas, a nombre propio y en representación de su difunto hijo Sergio David Urrego Reyes, contra el gimnasio Castillo Campestre y otros. Ministerio Público, Gloria Stella Ortiz Delgado. En un apartado precisó la Corte Constitucional: "El juez, en un Estado Constitucional, es creador de derecho y tiene la obligación de ir más allá de las ataduras formales que le impone la ley toda vez que las mismas, a pesar de su enorme importancia para la estabilidad del sistema judicial, no tienen la posibilidad de darle al funcionario judicial todos y cada uno de los elementos necesarios para resolver todos los casos. En otras palabras, el juez constitucional, como defensor de la institucionalidad y el interés colectivo debe anteponer un juicio integral y finalista de las normas constitucionales a cualquier figura procesal para obtener la mejor solución a los casos que se les plantea. Definitivamente, el juez de segunda instancia, no logra cumplir con dicho objetivo pues considera que un daño consumado, como lo es la muerte de Sergio, limita abruptamente la acción protectora de la justicia constitucional".

desconocer al Parlamento como cuerpo representativo popular por antonomasia. La realidad política y social debe servir de norte al intérprete constitucional en la tarea de materializar o concretar<sup>9</sup> los postulados supremos para conjurar las arbitrariedades del poder.

La “discrecionalidad judicial”, enfatizada por Hebert Hart, puede ser bastión para lo defendido en este estudio con la teleología de una sindéresis en la interpretación constitucional como freno al poder político y al abuso de los poderosos. El siguiente fragmento de un profesor colombiano resulta oportuno al respecto:<sup>10</sup>

“Toda vez que la naturaleza del derecho está determinada por el lenguaje, en la práctica se presentarán necesariamente problemas de vaguedad e imprecisión entre los actores jurídicos. De ahí proviene la idea de la “textura abierta del derecho”, según la cual en todo sistema jurídico pueden existir casos en los que las leyes existentes resulten vagas o indeterminadas. En estos, la discrecionalidad judicial sería necesaria para esclarecer y especificar las leyes existentes. Al realizar esta tarea, los jueces pueden de hecho crear nuevas leyes. Si el derecho se concibe sólo como un conjunto de reglas, ciertas situaciones como las que involucran casos difíciles quedarán por fuera del sistema y justificarían la actuación discrecional por parte del juez, desde el planteamiento de Hart. El derecho otorga discrecionalidad a los jueces en los casos límites para decidir las cuestiones que el derecho no determina (cap. VII.1). Los estándares del sistema dejan a elección del juez cómo resolver la cuestión difícil.

Defiendo por contera, desde la perspectiva del lenguaje estadounidense,<sup>11</sup> la tendencia no originalista o no interpretivista en oposición a la originalista o interpretivista. Aquella se entiende en el sentido de que la interpretación puede basarse en disposiciones que no aparecen dentro del texto constitucional, mientras que esta última comprende que los servidores judiciales deberán resolver los casos ateniéndose sólo a las disposiciones constitucionales.

<sup>9</sup> Como en el lenguaje de Hesse. HESSE, KONRAD. *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

<sup>10</sup> GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO. “El concepto de derecho” de H. L. A. Hart”, en *Ámbito Jurídico*, Legis, p. 21.

<sup>11</sup> RISSO FERRAND, MARTÍN. “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay”, *Estudios Constitucionales*, año 12, No. 1, 2014, pp. 239-283. Disponible en: [http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_12\\_1\\_2014/hacia\\_una\\_nueva.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_12_1_2014/hacia_una_nueva.pdf)

Corolario de todo lo anterior es que la Constitución Política es “viviente”, tal como acaece con los tratados internacionales de derechos humanos. Los Tribunales Internacionales lo han entendido acertadamente, desde la Corte Europea de Derechos Humanos hasta la Interamericana homóloga. Un párrafo de la sentencia<sup>12</sup> de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la masacre de Mapiripán lo ilustra en forma elocuente:

La Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

#### **4. Dificultades al interior de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que menoscaban una pulcra interpretación constitucional**

El rol histórico de la Corte Constitucional ha sido ciertamente encomiable. No obstante, ha incurrido en desaciertos que inevitablemente echan de menos en sereno juicio al anónimo ciudadano y al conspicuo jurista. Seguidamente mencionaré algunas fallas en la interpretación constitucional de los principales órganos legitimados de tan elevada misión, sumado a precariedades actualizadas en el control abstracto de constitucionalidad y acciones de tutela, para intentar demostrar que la debida sindéresis en la interpretación constitucional puede sucumbir ante factores ajenos a la institucionalidad.

#### **5. El estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional**

Un buen tema de discusión siempre será el relativo a las fronteras del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus competencias. Aunque el desempeño del resto de instituciones políticas en el Estado (entendido como un concepto macro

<sup>12</sup> Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 septiembre de 2005, párr. 101 y ss.

de administración pública) no puede estudiarse con desdén, en Estados con asfixiante corrupción y negligencia de las autoridades públicas, dicha corporación tendría que suplir esas falencias. Así, se corre el riesgo, como algunos lo califican –no sin algo de razón– de que se convierta en una corte invasiva de competencias, o peor aún, de que funja como colegislador.

La Corte Constitucional, en materia de Sentencias de Tutela de Sala Única (en adelante *st*) o en Sala Plena de Unificación (en adelante *su*), construyó una categoría jurídica importante llamada el “estado de cosas inconstitucional”. Esta se exterioriza cuando el Estado desconoce sus funciones en general o específicamente o cuando algún sector de la población es afectado o las ejerce con clara lesión de los derechos fundamentales. En estos eventos, la Corte enmienda dichas omisiones formulando coetáneamente recomendaciones que equivalen, en términos concretos, a políticas públicas.

Así ha discurrido ese Tribunal<sup>13</sup> acerca de los elementos inherentes a este concepto:

La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iiii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Una consecuencia tangible de los fallos derivados de esta tendencia, que estimo por lo demás laudable, es la concerniente a la verificación de las decisiones. Pero esto no ha pasado de ser mero enunciado,<sup>14</sup> inocuo y desconocido abusivamente

<sup>13</sup> Sentencia T-025 de 2004. Ministerio público Manuel José Cepeda Espinosa. Estado de cosas inconstitucional en la población desplazada.

<sup>14</sup> Por ejemplo, en la sentencia T-153 de 1998, la Corte Constitucional adoptó once medidas para conjurar tan monumental problema.



por las restantes instituciones políticas. Recientemente, la Corte Constitucional<sup>15</sup> en extensísimo fallo reiteró ese estado en las cárceles, impartiendo numerosas órdenes al Ejecutivo, Legislativo y a otras autoridades.

Sucede igualmente con las sentencias de constitucionalidad en abstracto (en adelante sc). Por ejemplo, sobre el tema de la eutanasia, cuando la Corte exhortó desde 1997<sup>16</sup> al Congreso para que, en tiempo breve, conforme con los principios constitucionales y humanitarios, regulara el tema de la muerte digna. Sin embargo, la ley jamás se expidió. La Corte pareció resignarse parcialmente a la flagrante desobediencia cuando expidió la sentencia T-970 de 2014;<sup>17</sup> a mi entender, debió hacerlo en Sala Plena por las decisiones allí adoptadas, porque ofició al ministerio de Salud expedir una directriz disponiendo todo lo necesario para conformar un comité interdisciplinario con los prestadores del servicio de salud y cumplir así con las obligaciones emitidas en esa decisión. Pero volvió vanamente a exhortar al Congreso para que procediera a regular el derecho fundamental de la muerte digna. ¿Entonces qué debería hacerse para el cumplimiento de tales determinaciones?

Creo que la respuesta al interrogante anterior en una sociedad democrática sería el inicio de controles políticos a través de las corporaciones colegiadas de representación popular;<sup>18</sup> por excelencia a nivel nacional, el Congreso de la República.<sup>19</sup> Pero es una ilusión siquiera sugerirlo. Entonces debería acudirse a mecanismos más reales como las investigaciones disciplinarias y, por supuesto, penales, aplicando en esta última el artículo 454<sup>20</sup> del Código Penal que consagra el tipo “Fraude a resolución judicial o administrativa de policía”.

<sup>15</sup> Sentencia T-762 de 2015. Ministerio público, Gloria Stella Ortiz Delgado. Pero las prisiones son peores. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos expidió un comunicado, el 25 de febrero de 2016, donde manifestaba su preocupación por la desaparición de al menos cien reclusos desmembrados y botados por las alcantarillas en la cárcel Modelo de Bogotá: “Según la información publicada por medios de comunicación, la fiscal Caterina Heyck Puyana, directora de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas de Colombia, declaró que al menos 100 personas habrían desaparecido entre 1999 y 2001, de la cárcel La Modelo. Las víctimas habrían sido desmembradas y luego arrojadas a las cañerías de la cárcel”. [El comunicado completo fue consultado por última vez el 4 de junio de 2016 en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/020.asp>. La constante es la total impunidad.

<sup>16</sup> Sentencia C-239 de 1997. Ministerio público, Carlos Gaviria Díaz, acerca del homicidio por piedad. La Corte resolvió: “Primero: Declarar exequible el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada. Segundo: Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna”.

<sup>17</sup> 15 de diciembre de 2014, Acción de tutela instaurada contra Coomeva EPS. Ministerio público, Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>18</sup> A niveles departamental y municipal, las asambleas y los concejos con mociones de censura (artículos 300 y 313 de la CP).

<sup>19</sup> Moción de censura (artículo 135 CP).

<sup>20</sup> “Fraude a resolución judicial o administrativa de policía. El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa de policía, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

De la misma forma sucede, con frecuencia inusitada, cuando los servidores públicos encargados de la prestación de los servicios públicos de salud y pensión incumplen deliberadamente con las normas legales y obligan despóticamente al indefenso ciudadano a presentar las respectivas acciones de tutela para cumplir con su deber. En ese caso, tendrían que ser investigados por el delito de “prevaricato por omisión”.<sup>21</sup>

Esta es una efectiva manera de ejercer la interpretación constitucional como freno al abuso del poder contra los millones de huérfanos del poder (parafraseando a Frantz Fanon, en su libro *Los condenados de la tierra*).

## 6. Principio *in dubio pro legislatoris*

La Corte aplica con periodicidad el principio *in dubio pro legislatoris o legislatore*. Esto significa que en caso de duda razonable acerca de la ocurrencia de un vicio de procedimiento, la duda debe ser resuelta a favor de la decisión mayoritaria adoptada por un cuerpo deliberante, específicamente el Congreso de la República. Para dicho Tribunal, y en una interpretación de una sola vía, se trata de una manifestación del principio democrático.<sup>22</sup> Sin embargo, otros pensamos que es todo lo contrario; valga decir, desde la perspectiva de una democracia constitucional o deliberativa, para llamarla en términos de Carlos Santiago Nino, deviene inconstitucional que se haya presentado un vicio en el trámite parlamentario, dando al traste con los derechos de la minorías, aplastados como a menudo sucede con la abrumadora mayoría supuestamente legitimaria de la decisión reprochada. Nino<sup>23</sup> apuntó al respecto:

Acaecería un vicio de inconstitucionalidad, por ejemplo, si se prueba omisión deliberada de alguno de los requisitos relacionados con el trámite parlamentario, discriminación en contra de alguna minoría política al momento de intervenir, vulneración de reglas que amparan principios de consecutividad e identidad u omisión de la apertura de la deliberación. El procedimiento democrático deliberativo es respetuoso de determinados valores sustantivos y es, por tanto, adecuado epistémicamente para producir buenos resultados, es decir, resultados sin sesgo y mejor fundados.

<sup>21</sup> Artículo 414 del Código Penal: “Prevaricato por omisión. El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses”.

<sup>22</sup> Sentencia C-332 de 2012. Otros fallos de igual pronunciamiento: sentencias C-397/12, C-786/12, C-134 de 2014.

<sup>23</sup> GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO. “La constitución de la democracia deliberativa, de Carlos Nino”, en *Ámbito Jurídico*, Sección Obras del pensamiento jurídico, No. 5, Legis, Bogotá, 2015, p. 21.

Acerca del examen de una supuesta irregularidad en materia de anuncio previo a votación, la Corte afirmó lo siguiente:

En definitiva, se tiene que el aviso previo es un requisito constitucional respecto del cual se han precisado algunos elementos que se han ido flexibilizando, pero en los que siempre debe estar presente la claridad sobre cuándo se va a producir la votación. En tal sentido, debe precisarse que establecer reglas claras sobre la forma en que deben realizarse los anuncios es de notable importancia, en la medida en que, tras la existencia de este requisito yace una variedad considerable de principios constitucionales tales como el principio democrático y su interpretación acorde con el principio *in dubio pro legislatoris*.<sup>24</sup>

Matizó equivocadamente en su argumentación el artículo 228 de la CP en un fallo<sup>25</sup> de hace un par de años:

Para superar estas tensiones, la Corte ha empleado, entre otros,<sup>26</sup> el principio de “instrumentalización de las formas” consagrado expresamente en el artículo 228 de la Constitución Política y definido como la necesidad de interpretar las formas procesales de forma teleológica al servicio de un fin sustantivo. Es decir, hacia la consecución del valor material pretendido con ellas, sin alcanzar un detrimento innecesario de las reglas procedimentales para la formación de la ley, puesto que estas protegen “valores sustantivos significativos”<sup>27</sup> y la labor del intérprete debe guiarse además, por el principio *in dubio pro legislatoris*.<sup>28</sup> Entre los fines que sustentan las formas del proceso legislativo se encuentran: i) la preservación de la voluntad de las mayorías; ii) la protección del principio de publicidad; y iii) la salvaguarda de los derechos de las minorías.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Sentencia C-665 de 2007.

<sup>25</sup> La sentencia C-947/14 fue sobre el Acuerdo de servicios aéreos entre Colombia y Turquía, valga decir, un tratado internacional que amerita con la ley aprobatoria un control automático, previo e integral conforme al artículo 241.10 de la CP.

<sup>26</sup> También se ha recurrido al principio de corrección de las formas, que rechaza la concepción de los trámites como condiciones sin relevancia constitucional. Al respecto, véase la sentencia C-134 de 2014. Ministerio público María Victoria Calle Correa.

<sup>27</sup> Sentencia C-737 de 2001. Ministerio público, Eduardo Montealegre Lynett. Consideración No. 7.

<sup>28</sup> En diversas oportunidades, la Corte ha aplicado el principio *in dubio pro legislatoris*, según el cual en caso de duda razonable acerca de la ocurrencia de un vicio de procedimiento, aquélla debe ser resulta a favor de la decisión mayoritaria adoptada por un cuerpo deliberante, como lo es el Congreso de la República. Se trata, en pocas palabras, de una manifestación del principio democrático. Sobre este tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-031 de 2009, C-608 de 2010, C-941 de 2010, C-076 de 2012, C-332 de 2012, C-367 de 2012, C-457 de 2012 y C-786 de 2012.

<sup>29</sup> Sentencia C-225 de 2014. Ministerio público, Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Concluyó —como ya lo había hecho— afirmando que el anuncio previo para debate de los proyectos de ley no constituye un requisito sacramental.

Esta flexible e inconveniente argumentación premia la negligencia o en otros casos el abuso deliberado del Congreso en la expedición de leyes y peor aún de actos reformativos de la CP, cuando sacrifica el procedimiento como son las reglas de juego establecidas previamente por el Constituyente y por la Ley Orgánica para el logro de los fines sustanciales. Con estas decisiones, se recompensa el indebido trabajo de los legisladores en detrimento de la comunidad, porque la determinación final es la congratulación del Tribunal para actos viciados del Congreso.

Imagínese, por ejemplo, una ley en materia tributaria que asfixia al contribuyente. La norma, a pesar del pecado de inconstitucionalidad que comporta, sale entonces indemne. Riesgo particularmente grave cuando el Gobierno pretende una reforma tributaria que gravará al pueblo colombiano con productos de primerísima necesidad, aunado a útiles escolares, con aumento de un impuesto indirecto y regresivo como el iva, para parcialmente enfrentar la galopante crisis fiscal como consecuencia de sus erráticas políticas públicas.

La Corte también incurre a menudo en ambivalencias sobre este asunto. Véase por ejemplo el siguiente apartado en la sentencia<sup>30</sup> C-741 de 2015:

(xii) No obstante que la Corte considera que la norma parcialmente demandada, tal como está formulada por el legislador, terminaría afectando la protección de la institución de la familia y el derecho a no ser separado de ella —art. 42 CP—, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y la prevalencia del interés superior del menor —art. 44 CP—, así como los requisitos para el consentimiento en adopción, ya que configuraría un trato desigual y discriminatorio para las personas en estado de discapacidad en razón de la misma —arts. 5 y 13 CP—, y desconocería por tanto los derechos de los padres que se encuentran en situación de discapacidad —art. 47 CP—; en virtud de los principios *pro legislatore* y de conservación del derecho, y en concordancia con casi la totalidad de los intervinientes y la Vista Fiscal, esta Corporación encuentra que debe

<sup>30</sup> Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 numeral 3 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 por la cual se expidió el Código de la infancia y adolescencia. Ministerio público, Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte dictó una Sentencia Interpretativa: "declarar exequible la expresión 'cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses', contenida en el inciso 3 del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, por los cargos analizados en la presente sentencia, y en el entendido que sólo se dará por establecida la falta del padre o la madre, o de quienes detentan la patria potestad, cuando la valoración realizada por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses concluya la imposibilidad para otorgar un consentimiento válido e idóneo legal y constitucionalmente".

excluirse del ordenamiento jurídico la interpretación que se ha expuesto en este estudio sobre el precepto acusado, pues resulta abiertamente contraria a la Constitución.

En esta oportunidad, el Tribunal le dio, como se comprobó con otros fallos, una dimensión diferente a dicho principio en una interpretación constitucional bastante acomodadiza. La interpretación constitucional o en general la interpretación jurídica debe ser un arte.<sup>31</sup> No puede seguir siendo la aventura de ideas vagas o el cambio repentino de postura ideológica.

## 7. La Corte Constitucional en su peregrinar de las inadmisiones de demandas de acción pública y el errático trasegar de la cosa juzgada

La interpretación constitucional tiene que fundarse en los principios *pro actione*, *pro homine*, *pro operario*, *pro libertatis* y otros análogos, para así encausar la labor íntegra del Tribunal Constitucional. Lamentablemente, se echan de menos esas virtudes en el ejercicio habitual de la Corporación y de los funcionarios judiciales en general, salvo, como siempre ocurre, en honrosas excepciones. La interpretación en cuestión debe favorecer los derechos al máximo de todos frente a los abusos del poder a través de recursos efectivos.<sup>32</sup>

Sin embargo, la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia es una pálida lírica constitucional,<sup>33</sup> por cuanto las demandas son sistemáticamente inadmitidas. Cuando el actor las subsana en los términos exigidos por el magistrado sustanciador, seguidamente son rechazadas, y una vez interpuesto el recurso de súplica,<sup>34</sup> la Sala Plena confirma la determinación. Más dramático aún, cuando se aventura la Corte con “fallos inhibitorios”, constituyéndose así en negación nítida de la justicia y convalidación supina de una colosal vía de hecho, aduciendo descaradamente inepta demanda.

Agregado a ese lóbrego panorama, en otras oportunidades cuando no alude a los requisitos inventados por la corporación para inadmitir la demanda,

<sup>31</sup> Así lo llamó Ronald Dworkin cuando recibió el Premio Holberg en el 2007.

<sup>32</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25: “Protección Judicial”. Véase, asimismo, los artículos 31 a 33 acerca de las reglas generales de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>33</sup> Véase ECHEVERRI QUINTANA, EUDORO. “El desencanto de la Acción Pública de Inconstitucionalidad”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bogotá, 2005, p. 47.

<sup>34</sup> Decreto 2067 de 1991 por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, artículo 6. “Repartida la demanda, el magistrado sustanciador proveerá sobre su admisibilidad dentro de los diez días siguientes. Cuando la demanda no cumpla alguno de los requisitos previstos en el artículo segundo, se le concederán tres días al demandante para que proceda a corregirla señalándole con precisión los requisitos incumplidos. Si no lo hiciera en dicho plazo se rechazará. Contra el auto de rechazo, procederá el recurso de súplica ante la Corte.”

entonces aduce cosa juzgada en supuestos en los que hubo pronunciamientos anteriores sobre razones distintas a las invocadas en el nuevo libelo, desconociendo que la cosa juzgada constitucional si bien es definitiva no es absoluta, y que en estos eventos está en la obligación perentoria de decidir sobre el fondo de la cuestión.<sup>35</sup>

## 8. La Corte Constitucional frente a algunas Acciones de Tutela

Si bien la Corte Constitucional tiene entre sus funciones<sup>36</sup> seleccionar para revisar las sentencias de tutela decididas en primera o en segunda instancia, según el caso de las miles resueltas por todos los jueces del país, su rol ha sido decepcionante. El número de procesos seleccionados es tan ínfimo que la escogencia parece ser el resultado del azar o la ocurrencia de algún comportamiento non santo, como el sucedido con los escándalos ocurridos en su interior o la injerencia foránea de personas poderosas en el mundo político. Pero para el ciudadano corriente, la suerte del rechazo está echada.

Por ejemplo, ¿cómo no selecciona las tutelas que desconocen su precedente, debiendo hacerlo y resolverla a través de formatos sencillos? Algunas providencias cuestionadas en esta ilación del discurso son las siguientes.

La sentencia SU-047 de 1999,<sup>37</sup> caso de la ex representante a la Cámara, Viviane Morales Hoyos. La Corte Constitucional, en desacertado fallo, decidió a su favor y de un centenar de colegas, revocando así la del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, autoridad que acertadamente la había negado. Adujo erradamente que militaba a su favor el carácter absoluto de la inviolabilidad de los Congresistas. La corporación desconoció varios precedentes suyos contenidos en sentencias de control abstracto de constitucionalidad, cuando antes había expresado que los congresistas, cuando fungían como jueces, respondían como tales, pero erradamente y en sentencia

<sup>35</sup> Paradójicamente, la propia Corte Constitucional reconoce la vigencia y la trascendencia del principio *pro actione*, mediante el cual queda obligada a pronunciarse de fondo sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad aun cuando la calidad de la demanda no sea idónea. Véase, entre otras, las sentencias C-451 de 2005, C-069 de 2009 y la reciente providencia C-178 de 2016.

<sup>36</sup> Artículo 241 numeral 9 de la cp: "Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales".

<sup>37</sup> La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia investigaba a los representantes a la Cámara que habían decidido precluir —archivar— la investigación que adelantaban contra Ernesto Samper Pizano, a la sazón presidente de la república, por sus relaciones y recibo de millonarias sumas de dinero del cártel de Cali para favorecer su candidatura. Los ponentes fueron Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. En la sesión del 12 de junio de 1996, la Cámara resolvió declarar la preclusión de la investigación que adelantaba, porque no halló motivos suficientes para acusarlo ante el Senado de la República. Dicha determinación se adoptó con la votación afirmativa de 111 Representantes frente a 43 que votaron negativamente.

de unificación de tutela, cuyo plus es muy inferior a las de control abstracto, invalidó su misma jurisprudencia.

Tuteló el derecho fundamental al debido proceso por cuanto la garantía institucional de la inviolabilidad despojaba totalmente a la Corte Suprema para investigar como delitos los hechos inescindiblemente ligados a las opiniones y votos emitidos por la demandante; por contera, dejó sin efectos dicho proceso y ordenó el archivo inmediato. Para completar hizo “un llamado a prevención a los Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que se abstengan de investigar como delitos los hechos inescindiblemente ligados a las opiniones y votos emitidos por los congresistas en ejercicio de sus funciones”.

Por suerte, salvaron voto Hernando Herrera Vergara y Eduardo Cifuentes Muñoz. El primero adujo:

Cuando los congresistas ejercen funciones jurisdiccionales, con ocasión de las acusaciones formuladas contra el Presidente de la República, al actuar en dichos eventos en su condición de jueces, facultados para administrar justicia, tienen las mismas responsabilidades y deberes que corresponden a estos últimos, de manera que, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ostenta la atribución constitucional para investigar y juzgar las posibles conductas punibles, en relación con las funciones judiciales desempeñadas, dado el fuero especial constitucional establecido para los mismos.

El segundo de los nombrados fue demoledor:

La garantía de la inviolabilidad no puede analizarse de manera aislada. La interpretación sistemática de las diferentes normas constitucionales no permite conferirle a la mencionada garantía un campo de protección de la conducta antijurídica de los congresistas que los ponga al abrigo de la apertura de un proceso penal cuando se tenga evidencia de que se ha podido cometer el delito de prevaricato al ejercitarse por su parte la función de administrar justicia. [Y remató en forma elocuente:] Con grave menoscabo de la Constitución Política se ha invadido la competencia privativa de la Corte Suprema de Justicia, que se proponía establecer si los miembros del Congreso en su condición de jueces se sujetaron a los mandamientos imperativos de la ley o los quebrantaron. El desconocimiento de la cosa juzgada constitucional no puede ser más patente. La Corte Constitucional que ha otorgado un lugar central en la democracia a la formación de una opinión pública libre

y a la información veraz e imparcial, no sé cómo podrá explicar que los congresistas que investigaron al ex presidente Samper no respondan por el delito de prevaricato en el evento de haberlo cometido, cuando en su oportunidad aseguró que ellos actuaban como jueces y respondían como jueces. Dictado el auto de preclusión de la investigación y archivado el expediente, a los ciudadanos se les notifica que los congresistas que tomaron esas decisiones están amparados por un estatuto que les garantiza plena discrecionalidad y absoluta irresponsabilidad jurídica. La cosa juzgada constitucional ha muerto. La credibilidad de la Corte ha quedado en entredicho. No podrá esta institución dejar de ahorrar esfuerzo alguno para reconstruir la confianza pública en su palabra.

La sentencia SU-881 de 2005 favoreció a un ex ministro de Estado. Se trató de un caso muy cuestionado por el derroche del dinero público. El problema jurídico se planteó así en la Corte Constitucional: “La Sala entrará a estudiar si constituye una violación al debido proceso y, específicamente, al principio de legalidad el aplicar el artículo 40, inciso segundo, de la Ley 472 de 1998<sup>38</sup> para determinar la responsabilidad solidaria de un hecho sucedido con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley”. Accedió a la tutela para salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso, revocando así las sentencias proferidas por las secciones quinta y primera del Consejo de Estado. En consecuencia, dejó sin efectos el numeral sexto alusivo a la decisión sobre la acción popular y en virtud de la cual fue declarado responsable solidario por el valor no recuperado de lo pagado en exceso.

Salvaron voto con vigorosos razonamientos y fuertes diatribas los magistrados Humberto Sierra Porto y Jaime Araujo Rentería. En un aparte de Sierra:

Ahora bien, como quiera que la Corte revocó la sentencia del juez popular en dicho aparte, anulando la declaratoria de responsabilidad solidaria del actor, cerró con ello la posibilidad para que se condenara patrimonialmente a quien dentro de un proceso judicial resultó responsable del acto mediante el que se vulneraron los intereses colectivos de moralidad administrativa y cuidado del patrimonio público.

<sup>38</sup> “Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobre costos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso” (texto declarado exequible mediante Sentencia C-88 de 2000 de la Corte Constitucional).



Debido a esto, se irrespeta de manera flagrante el principio constitucional que soporta el deber de las autoridades de cuidar el patrimonio público y recuperarlo cuando éste se ha desviado.

Un párrafo de Araujo:

Finalmente, me permito igualmente, con el respeto pero con la claridad de siempre, dejar constancia de que considero un atropello contra mis derechos el hecho de que no se haya sometido a votación mi propuesta sustitutiva de fallo, puesto que lo que propone un magistrado debe ser votado. Insisto en que lo que resolvió esta Corte, fue si había o no responsabilidad solidaria del actor y al decidir que no la hay, era pertinente, en mi concepto, votar acerca de si había responsabilidad individual. Considero que el hecho de que la propuesta sustitutiva no se sometiera a votación constituye una violación a mis derechos como magistrado y se está cometiendo un abuso, por cuanto no se decide nada. Por esta vía se acaba el derecho de los magistrados de hacer una propuesta, toda vez que la mayoría decide cuales son las propuestas que se votan, lo cual es grave para la democracia judicial.

Me pregunto con ingenua curiosidad, si en lugar del ex ministro hubiera sido un desconocido ciudadano, ¿la Corte la habría seleccionado y fallado a su favor? Mucho temo que el fallo del Consejo de Estado hubiera quedado en firme y nadie se habría enterado.

La sentencia SU-635 de 2015 fue el resultado de la acción de tutela instaurada por el señor Andrés Camargo Ardila<sup>39</sup> contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. La defensa interpuso el recurso de casación, formuló un cargo principal y cinco subsidiarios contra la decisión de segunda instancia condenatoria proferida por el Tribunal. Pero la Corte Suprema de Justicia inadmitió la demanda de casación, porque los cargos carecían de lógica y porque el actor, al ser ingeniero civil, contaba con la carrera profesional “más apta para comprender problemas vinculados con los diseños, su complementación y el cambio de material relleno fluido”. Adicional, concluyó que el Tribunal sí había tomado las pruebas en cuenta. Interpuso entonces el señor Camargo acción de tutela. Correspondió, en

<sup>39</sup> Fungió como director del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá (idu). Un Juzgado lo condenó en calidad de coautor por los delitos de peculado culposo y contrato sin cumplimiento de requisitos legales; la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decretó la prescripción de la acción penal por el peculado, confirmó parcialmente en lo demás y le negó la prisión domiciliaria.

primera instancia, a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, autoridad que la negó, como era previsible en nuestra justicia.

Valga apuntar que la Corte Suprema en su Sala de Casación Penal inadmite casi todas las demandas de casación. Basta con revisar su propia página de internet. He destacado antes en foros académicos que la Sala Penal debe limitarse a verificar los requisitos formales de la demanda para proceder a la admisión o inadmisión,<sup>40</sup> pues todo pronunciamiento de fondo debe hacerlo a través de la respectiva sentencia, casando o no casando o anulando, según proceda.

La Corte Constitucional evidenció que en ese proceso ciertamente se presentó un defecto sustantivo,<sup>41</sup> por ausencia de motivación en la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Adujo la Corte Constitucional:

Todas las anteriores reflexiones fueron efectuadas sobre el fondo del asunto por cuanto se estudió la imputación del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la posición de garante frente a los diseños del proyecto Transmilenio y las funciones del señor Andrés Camargo Ardila durante su periodo como Director del IDU. Igualmente, la Corte Suprema indicó que la decisión del Tribunal frente a la demostración del provecho ilícito como ingrediente subjetivo en el delito imputado, se había deducido a partir del comportamiento del señor Camargo, evidenciando que la Sala Penal del Alto Tribunal se refiere a problemas de fondo dentro de la casación, mas no se refiere a los aspectos por los cuales no se admitió el recurso.

Dentro del fallo acusado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema indicó que las demandas presentadas no podían admitirse por cuanto se habían planteado problemas jurídicos sin trascendencia o que los cargos no tenían fundamentos, resultaban incoherentes o se fundamentaban en presupuestos contrarios a lo que se había fallado.

Esta afirmación reitera la contradicción en que incurre el Alto Tribunal, entre lo que decide y las consideraciones que utiliza al sustentar su fallo, ya que no estima inadmitir el recurso de casación por

<sup>40</sup> En Colombia, cuando una demanda de casación es inadmitida procede en principio el recurso de insistencia, mecanismo inútil e inocuo consagrado en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, para que las autoridades allí descritas intercedan ante la Sala Penal de la Corte admita la demanda. El aparte dispone: "No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso". Es tan estéril que a una magistrada de la misma Sala se lo negaron. Véase proceso AP 6921-2015 Radicación No. 46033, noviembre 25 de 2015.

<sup>41</sup> Vía de hecho o causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

incumplir los requisitos propios del recurso, sino que toma esa decisión tras evaluar los problemas que se plantean en la demanda luego de realizar un análisis de fondo sobre cada asunto.

La decisión de la Corte Constitucional es desde luego pertinente y acertada. Estaba en mora de un pronunciamiento de esa naturaleza. Debió haber sido más categórica contra las injusticias que a diario comete la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal en la inadmisión de las demandas con reprimendas incluidas. Este era un caso muy sonado por la clase de personaje. Retorno entonces al interrogante anterior: ¿habría sido igual la preocupación de la Corte Constitucional en la selección para revisión del fallo de la acción de tutela y la sentencia favorable si el actor hubiera sido la corriente persona de provincia? Por supuesto que no; nada habría pasado.

Estas son las situaciones y tantas otras que permiten deducir angustiosamente que la interpretación constitucional no se erige como dique contra el abuso oficial. Porque es que el recurso extraordinario de casación es un medio de control constitucional; así lo concibió la jurisprudencia y la doctrina, luego la incorporó la ley.<sup>42</sup> La sentencia SU-378 de 2014 es un fallo<sup>43</sup> también errado, mediante el cual dispuso la improcedencia de la acción de tutela para obtener el cumplimiento de los dictámenes proferidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas “por cuanto no se está ante vulneración actual de los derechos fundamentales”.

Ante tan extraña determinación, pareciera que produjo arbitrariamente la mutación constitucional del artículo 93 de la cp. Sin embargo, en la sentencia T-786 de 2003<sup>44</sup> —y otras—, sostuvo la sujeción de normas y medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por ende parte del bloque de constitucionalidad. Esas ambivalencias de la Corte Constitucional son frecuentes.

¿Cómo distingue tan folclóricamente ambos organismos internacionales que son equivalentes para darle tan contrarios procedimientos? Es uno de los más claros ejemplos que demuestran la accidentada evolución de la interpretación

<sup>42</sup> “Procedencia. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales”. Ley 906 de 2004, artículo 181.

<sup>43</sup> Sentencia SU-378 de 2014, Acción de tutela contra la Nación —Rama Judicial— Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Ministerio público, Luis Ernesto Vargas Silva. Véase GUERRERO, ÓSCAR JULIÁN. “Réquiem por el bloque de constitucionalidad”, en *Ámbito Jurídico*, Legis, Bogotá, enero de 2016, p. 10. Aquella era una Sentencia su, porque ya antes en Sentencia de la Sala Quinta de Revisión (T-385 de 2005) había sostenido lo mismo. Mejor dicho, de mal en peor.

<sup>44</sup> Accionado: Ministerio del Interior y de Justicia y Ministerio de Relaciones Exteriores. Ministerio público, Marco Gerardo Monroy Cabra.

constitucional en Colombia, quedando en evidencia nuevamente las preocupaciones planteadas en los objetivos y las conclusiones de este trabajo.

## 9. ¿Debe la Corte Constitucional controlar los actos reformativos de la Constitución cuando se trata de funciones propias?

En otras oportunidades me he pronunciado negativamente,<sup>45</sup> por cuanto considero que deben hacerlo los conueces y no los titulares, como debió haber ocurrido por ejemplo con el Decreto 2067 de 1991.<sup>46</sup> Pero ellos, desafortunadamente, transitan una ruta muy distinta a la ortodoxia de una pulcra interpretación constitucional. Piénsese ahora con la acción de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 2 de 2015<sup>47</sup> respecto a la conformación y funciones del Consejo del Gobierno Judicial, donde los tres presidentes de las Altas Cortes serían los más poderosos integrantes. Cada magistrado sería presidente porque son nueve y el período es de ocho años. ¿Cómo no declararse entonces todos impedidos? Asunto elemental de pudor.

## 10. Control de constitucionalidad residual del Consejo de Estado

En reciente hecho, protagonizado por el Gobierno Nacional, como consecuencia de una deplorable decisión judicial del Consejo de Estado, se actualizó otro suceso donde la interpretación constitucional es sólo una infausta apariencia, parodia de la justicia que contrasta con una cruel realidad en detrimento de los intereses de la Nación. Se trata del caso, tristemente célebre, de Isagén.<sup>48</sup>

Inicialmente el consejero ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas de la Sección Cuarta conoció de varias demandas ciudadanas (acción de simple nulidad), presentadas contra el Decreto 1609, y ordenó la suspensión temporal del procedimiento administrativo que se surtía con ocasión del cumplimiento de dicha normatividad. Concretamente suspendió, la subasta y demás actos

<sup>45</sup> ECHEVERRÍ QUINTANA, EUDORO. *Las causales del control de constitucionalidad*, Legis, Bogotá, 2014.

<sup>46</sup> Reguló el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

<sup>47</sup> "Artículo 15. El artículo 254 de la Constitución Política quedará así: Artículo 254. El gobierno y la administración de la Rama Judicial estarán a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial. [...] es el órgano, encargado de definir las políticas de la Rama Judicial de acuerdo con la ley y postular las listas y ternas de candidatos que la Constitución le ordene [...] estará integrado por nueve miembros: los presidentes de la Corte Constitucional [...]". Mediante la sentencia C-285 de 2016 la Corte Constitucional declaró su inexequibilidad. Ninguno de los magistrados se declaró impedido.

<sup>48</sup> El Ministerio de Hacienda y Crédito Público dictó el Decreto 1609 de 2013, mediante el cual se aprobó el programa de enajenación de las acciones que la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público posee en Isagén S. A. E. S. P. También el Decreto 1512 de 2014, por medio del cual prorrogó la vigencia del Programa de Enajenación de que trata el Decreto 1609 de 2013, modificado por el decreto 2316 de 2013.

programados para la enajenación en cuestión, ordenándole al ministro de Hacienda y Crédito Público asegurar el cumplimiento de esa orden judicial.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta,<sup>49</sup> Martha Teresa Briceño de Valencia, conoció del recurso de súplica contra el auto que decretó la medida cautelar. Luego, la misma sección denegó las pretensiones, levantando la medida cautelar de suspensión del procedimiento para la venta y dando vía libre al Gobierno Nacional para reanudar y culminar el programa de enajenación de la participación accionaria que la Nación tiene en Isagén. Según el Comunicado de la presidencia de la Sección Cuarta, el fallo cuenta con la salvedad parcial de voto del magistrado Jorge Octavio Ramírez Ramírez, quien estimó que existían razones para anular el artículo 8 del Decreto 1609, en cuanto que dicha norma habría fijado condiciones restrictivas para la compra de acciones de parte de personas naturales pertenecientes al grupo de destinatarios de condiciones especiales.

La suspensión provisional es una figura jurídica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de estirpe constitucional.<sup>50</sup> Debería coexistir, como lo he defendido en otras oportunidades, con la jurisdicción constitucional.<sup>51</sup> Supone desde luego que el acto administrativo general demandado, por ejemplo un Decreto Reglamentario del presidente de la república, contenga elementos que vituperen la Carta o norma de superior jerarquía como una ley y los cuales permitan en un juicio sereno inferir con serias probabilidades que es inconstitucional. Salvo que algo extraordinario ocurra en el desarrollo del proceso, podría aseverarse que es una crónica anunciada la decisión de nulidad. No es corriente en consecuencia que después de que se ordenó la medida cautelar de suspensión y lo confirmó luego la Sala, finalmente se le imparta aprobación al acto confutado.

La situación en cuestión asumió señales escandalosas cuando la mayoría de colombianos y de columnistas de opinión se pronunciaron contra la decisión

<sup>49</sup> Fecha 28 de mayo de 2015: "Confirmase el auto de 14 de mayo de 2015".

<sup>50</sup> "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial" (artículo 238, cp). Aparte del Auto 2013-00115 de junio 17 de 2014 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, rad. 11001-03-26-000-2013-00115-00 (48184), Jaime Orlando Santofimio Gamboa: "La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del impugnante, que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad".

<sup>51</sup> "El Tribunal Constitucional [...] igualmente decreta la suspensión provisional de los actos que debe controlar. Nada obsta para que en Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional tuviera esa destacada misión en la guarda de la Carta". ECHEVERRI QUINTANA, EUDORO. *Acercamientos...*, op. cit., p. 103.

del Gobierno de vender lo que se conoció como “La joya de la corona” por su altísima rentabilidad. La enajenación fue corolario de la providencia del Consejo de Estado. Sin mencionar la manera tan poco ortodoxa en que le fue enajenada a un único postor, empresa adquirente además con cuestionamientos severos en otros países. Entonces, las vicisitudes de la interpretación constitucional en Colombia no son exclusivamente imputables a la Corte Constitucional, por cuanto el Consejo de Estado también ha influido en esta dinámica que se materializa en un eclipse del control al poder.

## 11. El acuerdo de la Corte Constitucional que reglamentó sus funciones

El reglamento<sup>52</sup> de la Corte Constitucional debería ser expedido por el Congreso de la República a través de una Ley Estatutaria<sup>53</sup> (artículo 152 literal (b) de la CP) o al menos con una Ley Orgánica como sucede con el Estatuto del Congreso (Ley 5 de 1992). Pensaron sus integrantes que la gravísima crisis actual de la Corte Constitucional se solucionaba con un mero cambio formal de su acuerdo.

Por razones de espacio solamente me referiré al proceso de selección y revisión eventual de las sentencias de tutela. La redacción está orientada por unos laudables principios,<sup>54</sup> similar a los de la Función Administrativa.<sup>55</sup> Pero en la práctica, todo eso es una fábula. Basta registrar con la actividad titánica que debe desplegar el abogado desconocido o el anónimo ciudadano para solicitarle la selección a la Sala respectiva y a cada magistrado con persuasivo discurso, para advertir la desilusión y quienes difícilmente se toman la molestia para responder siquiera negativamente.

Vienen seguidamente los criterios orientadores enunciativos y no taxativos de la selección. Es decir, la Corte podrá “adicionar” otros más dependiendo de las circunstancias inherentes a cada caso concreto. Obvios discernimientos, por ejemplo la unificación de la jurisprudencia o la urgencia de proteger un derecho fundamental o la lucha contra la corrupción; eventos en los cuales deberá

<sup>52</sup> Acuerdo, 2 de 2015 (julio 22) por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional. Modificó el adoptado por el acuerdo 01 de 1992 y siguientes.

<sup>53</sup> “Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: [...] b. Administración de justicia”.

<sup>54</sup> “Artículo 51. Principios del proceso de selección. El proceso de selección de fallos de tutela estará orientado por el respeto de los siguientes principios constitucionales: transparencia, moralidad, racionalidad, eficacia, publicidad, autonomía judicial, economía procesal, celeridad, imparcialidad y seguridad jurídica”.

<sup>55</sup> “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

tomarse en cuenta la relevancia constitucional del asunto y los contenidos económicos. Pero continúa la realidad del ser que se superpone al del deber ser. Aunque la argumentación del actor enfatizará todos esos componentes y otros, la respuesta será fallida.<sup>56</sup> Esos flamantes “criterios” determinarán que sea ahora más difícil acceder a la revisión. Será un recurso de resultados tan impredecibles e inciertos como el de la Corte Suprema con la casación.

Pomposamente se diseñó una “Hoja de ruta”<sup>57</sup> para la selección de uno de los miles de casos que llegan mensualmente a la Corte.<sup>58</sup> Una vía será a través de la Unidad de Análisis y Seguimiento de Tutelas. Pregunto como habitante profano: ¿cómo será el funcionamiento y estructura<sup>59</sup> de ese enigmático equipo y cuál será su control? Si no insistió o nadie habló por ese ciudadano incógnito, ¿cómo sabrá que la corporación examinó su proceso? Pero además, ¿cómo estará al tanto que al menos la carátula de su proceso pasó por las manos de algún empleado de mínimo rango?

El funcionamiento de la Sala de Selección de Tutelas parece bien tortuoso e inane. Veamos. La facultad discrecional es inaceptable en un régimen democrático. Tiene que haber alguna regulación que implique un control ciudadano y político. La inadmisión de la selección, que será casi 99%, debería, al menos en los casos solicitados, ser objeto de una respuesta siquiera breve, con una seria explicación, pues no basta con la escueta de Secretaría.

Por su parte, la “insistencia” es otra poesía constitucional. ¿Cómo pueden aspirar los millares olvidados del poder requerirle la revisión de su fallo excluido al defensor del pueblo o al procurador general de la nación o a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o de un magistrado de la misma Corte

<sup>56</sup> Mediante oficio de enero 28 de 2016 de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, dio respuesta al suscrito acerca de la solicitud de insistencia de revisión del expediente T-5086706: “Después de efectuar el estudio pertinente del caso, considero que la acción de tutela que usted solicita sea revisada, no satisface plenamente ningún criterio que motive la selección, por tal razón no se insistirá el presente asunto”.

<sup>57</sup> “Artículo 53. Ruta existente para la selección de un caso. Un fallo de tutela podrá ser eventualmente seleccionado, cuando ha sido puesto a consideración de la Sala de Selección por cualquiera de las siguientes vías:

a) Preselección por la Unidad de Análisis y Seguimiento de Tutelas o por uno de los Magistrados que integran la Sala de Selección, con base en reseñas esquemáticas.

b) Presentación de una solicitud ciudadana a la Sala de Selección.

c) Insistencia.

La fecha de las Salas de Selección y el rango de expedientes en estudio se fijarán en la Secretaría General y se publicarán en la página web de la corporación.”

<sup>58</sup> “Mediante este procedimiento se examinan mensualmente un promedio de 40 000 expedientes de tutela de todo el país —se radican 2000 diario—. De este total, sólo se selecciona para revisión aproximadamente 60 tutelas al mes. En este proceso, participan cerca de 80 funcionarios de distintos niveles de la Corte Constitucional”. Documento de la presidencia de la Corte Constitucional acerca del trámite de la selección de fallos de tutelas, a la sazón Juan Carlos Henao Pérez, se encuentra en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Tramite-Seleccion.php>

<sup>59</sup> Aunque el artículo 54 se ocupó de esas Unidad de Análisis y Seguimiento al Proceso de Selección, es una redacción extensa y confusa, con demasiados retoques que la hará, como a toda Comisión, inútil.

Constitucional? Y esperar que lo hagan *motu proprio*, ¿no es acaso otro vano espejismo?<sup>60</sup>

De *lege ferenda*, si un magistrado impetra la revisión de un fallo, ¿por qué exigir un acuerdo con el colega de la Sala para acceder a la selección? Partiendo del hecho, desde luego, que los integrantes fueran seres intachables. Igualmente, las decisiones adoptadas por la Sala de Selección deberían admitir algún recurso, así fuera el infructuoso de reposición. También cuando la decisión fuere negativa para la insistencia.

Tampoco convendría que las deliberaciones de la Sala de Selección fueran reservadas. Tendrían que ser públicas, como en los procesos orales, llamada de “cielos abiertos”. La invitación a presenciarlas de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, como se ha examinado, es otra quimera, porque a sus funcionarios, salvo excepciones contadas, nada de esa dinámica republicana les interesa.

## 12. Conclusiones

Abordar la temática de control de constitucionalidad desde la perspectiva plausible de si realmente constituye una muralla al abuso del poder político específicamente respecto al Tribunal Constitucional y de paso con el Consejo de Estado como guardián constitucional residual, fue una buena experiencia, aunque quizá más desencantador que alentador por la perceptible realidad.

Un juez de las categorías destacadas en el estudio, precisamente encargado de tan insigne misión democrática, no puede equivocarse, no puede dar pábulo a las sospechas de parcialidad y sometimiento al Gobierno de turno, porque la independencia y la imparcialidad son las dos caras de la misma moneda, como sucede con la diosa Jano.

Desafortunadamente, Colombia atraviesa por la peor crisis de la administración de justicia. Su reputación está por debajo del desprestigio del Congreso de la República. La última reforma constitucional (al 2 de 2015) muy poco enmendó. Mientras subsistan los perversos sistemas de postulación y elección de las Altas Cortes, entre otros demonios, seguirán arribando personajes corrientes sin basamentos éticos y claramente incompetentes.

El ejercicio de la interpretación constitucional en una efectiva sindéresis, soportada en la obsecuencia por el derecho constitucional y el derecho internacional, aunada a un pudor primario por las cosas del Estado, no

<sup>60</sup> Aún más con un procurador como el actual que antepone la Biblia católica y sus prejuicios sobre las personas de distintas tendencias sexuales o ideológicas a su obligación constitucional de defender los derechos de troyanos y espartanos. Para qué hablar de esos otros altos dignatarios ahogados en sus propios escándalos.



permitirían que las interpretaciones contenidas en los fallos analizados tuvieran tan fatal norte.

El desafío de las instituciones políticas ahora con el proceso de paz es monumental, con mayor razón de la Corte Constitucional. Pero es mejor no guardar esperanzas; Santos finalmente obtuvo la bendición del Congreso a las facultades solicitadas en el Acto Legislativo. Resta sólo el informe de la Comisión de Conciliación.

Falta mucha vocación y entrega de nuestros flamantes magistrados para la defensa a ultranza de los derechos fundamentales y de los altos intereses de la expósita Nación. Con mayor razón con la declaratoria reciente de inexequibilidad del Consejo de Gobierno Judicial a través de la sentencia C-285 de 2016 de la Corte Constitucional, insólitamente el moribundo Consejo Superior de la Judicatura resucitó como el ave fénix de sus cenizas. Quedó con las facultades de ese consejo y de la gerencia de la Rama Judicial. Consejo que distaba ciertamente de ser un modelo envidiable, sin embargo, era mejor que lo existente antes del citado Acto Legislativo 2 de 2015. Para la Corte, se atentó contra la separación de poderes y la independencia judicial en su frágil y riesgosa teoría de la sustitución de la Constitución.

Por lo tanto, el interrogante formulado al comienzo de este trabajo sobre si la evolución de la interpretación constitucional en Colombia nos ha conducido hacia un eclipse del control al poder, temo, se responde afirmativamente.

7. Los árbitros contarán con un mes para realizar el dictamen. La conclusión podrá ser: (1) aceptado, (b) admitido previo la revisión de los señalamientos, (3) denegado. En caso de discrepancia entre los dictaminadores, el director de la revista buscará la opinión de un tercer especialista. La decisión final de publicación corresponderá al Consejo Editorial y será comunicada al autor.
8. Las contribuciones deben ajustarse a los siguientes requisitos formales: título, sumario, resumen, palabras claves, desarrollo y conclusiones. El resumen será descriptivo del contenido del trabajo, de una extensión de un párrafo (150 palabras aproximadamente). El título, resumen y palabras clave deberán traducirse al inglés.
9. El autor debe precisar su filiación institucional y dirección electrónica vigente, en nota a pie de página, a continuación del nombre. En hoja anexa deberá incorporar una reseña curricular de un párrafo.
10. Los artículos pueden tener una extensión mínima de 15 cuartillas y máxima de 20. Escritos con tipografía Arial de 12 puntos e interlineado sencillo.
11. Las citas y referencias se colocan a pie de página. Las fichas bibliográficas deben de ser elaborados sobre el estilo ISO (norma 690) y transcribir todos los datos de la fuente según se señala en los siguientes ejemplos. No es necesario un listado de bibliografía final en el artículo:

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 25.

NIKKEN, PEDRO. "El Concepto de Derechos humanos", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, V.I., p. 19.

VILLAYERDE, IGNACIO: "Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales", *Revista Jurídica de Asturias*, No. 32, 1998, p. 36.

SUANZES-CARPEGNA, JOAQUÍN VARELA. "Algunas reflexiones metodológicas sobre la Historia Constitucional", *Revista Historia constitucional*, (En línea). No. 8, 2007, (citado: 22 de Enero de 2000), disponible en: <http://www.historia-constitucional.com/index.php/historiaconstitucional/issue/view/9>

Las colaboraciones deben enviarse vía correo electrónico al editor responsable, Omar Eduardo Mayorga Gallardo. Email: [revista.ius@hotmail.com](mailto:revista.ius@hotmail.com)