



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

**Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia) \***

## **Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho**

### **Introducción**

El presente trabajo tiene como objetivo destacar la necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado constitucional democrático y social. Para estos efectos, se inicia haciendo un breve resumen de la creación y el desarrollo de los tribunales constitucionales. Luego, se hace un análisis del fundamento, naturaleza, funciones y misión de estos tribunales para demostrar su significación dentro del sistema democrático. Se realiza un breve recuento del desarrollo de la jurisdicción constitucional en Colombia explicando la razón de su existencia. Por último, se deducen las conclusiones sobre la necesidad e importancia de los tribunales constitucionales.

### **I. Creación y desarrollo de los tribunales constitucionales en el mundo**

Los tribunales constitucionales existen hoy en casi toda Europa, América Latina, Asia y África. En su obra sobre estos tribunales expresa Louis Favoreu:<sup>1</sup>

El desarrollo de la justicia constitucional es, ciertamente, el acontecimiento más destacado del Derecho Constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX. No se concibe hoy día, un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución, y en Europa todas las nuevas Constituciones han previsto la existencia de un Tribunal Constitucional.

Si bien existen antecedentes, la aparición del control constitucional se produjo con la sentencia del juez Marshall en 1803 en el caso *Marbury v. Madison*. Los

---

\* Ex presidente de la Corte Constitucional. Primer vicepresidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

<sup>1</sup> Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 13.

argumentos del Juez Marshall fueron los siguientes, según el resumen de Pedro José González-Trevijano Sánchez:<sup>2</sup> “Una afirmación de principio: La Constitución escrita ha sido considerada siempre como Ley Fundamental y Superior de la Nación y consecuentemente la teoría de tales Gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo”, y “la necesidad de optar por una de las normas (Constitución/ley) en conflicto”: Si una ley está en oposición a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables al caso particular, el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso. “La lógica preeminencia de la Constitución: Si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas”.<sup>3</sup>

En cuanto al origen de los tribunales constitucionales es célebre la polémica entre Carl Schmitt, quien en 1931 publicó *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, a la cual Hans Kelsen contestó con un libro que se llamó *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* No hay duda de que la historia le dio la razón a Kelsen, quien sostenía que a los tribunales constitucionales se les debe confiar la función de ser garantes de la Constitución. Al efecto expresó:

Defensor de la Constitución, significa en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones [...] Como toda norma también la Constitución puede ser violada sólo por aquéllos que deben cumplirla.<sup>4</sup>

De esta polémica surge la conclusión de que, si bien el control constitucional lo puede ejercer el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, es más democrático que esté a cargo de un órgano independiente y autónomo, aunque nada obsta para que forme parte del Poder Judicial. Como recuerda Favoreu, la historia de los tribunales constitucionales empieza con la creación del Tribunal Constitucional checoslovaco y el Alto Tribunal Constitucional de Austria en 1920.

Posteriormente, se crearían el Tribunal de Garantías Constitucionales de España en 1931, el Tribunal Constitucional italiano en 1948, el Tribunal Constitucional alemán en 1949, el turco (1961) y el yugoslavo (1963). Sobre las circunstancias históricas de aparición de los tribunales constitucionales expresa Javier Pérez Royo:<sup>5</sup>

El Tribunal Constitucional, por el contrario, responde a una anomalía histórica presente y con proyección de futuro. El Tribunal Constitucional nace en el siglo XX,

---

<sup>2</sup> Pedro José González-Trevijano Sánchez, *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 24.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995, p. 27.

<sup>5</sup> Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 7ª ed., 2000, p. 922.

después de la Primera Guerra Mundial, con el constitucionalismo que hemos definido en muchas ocasiones a lo largo del curso como constitucionalismo democrático. La anomalía histórica que está detrás de él es una anomalía democrática o, mejor dicho, una anomalía en el proceso de transición a la democracia de determinados países. Por eso, el Tribunal Constitucional no existe en todos los países europeos, sino únicamente en aquellos que tuvieron excepcionales dificultades para transitar del Estado liberal del XIX al Estado democrático del siglo XX: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España.

A estos tribunales hay que agregar la creación del Consejo Constitucional francés en 1959, el Tribunal Constitucional portugués en la Constitución de 1976, revisada en 1982, y en cierta medida el Tribunal Especial Superior griego en 1975. Este movimiento se extendió a Bélgica, con el Tribunal de Arbitraje (1983), y se ha desarrollado en Europa del Este: Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia (1991), Rumania (1991) y Bulgaria (1991).

En Latinoamérica la jurisdicción constitucional se ha extendido a Perú en la Constitución de 1979; en Chile se instaló nuevamente un Tribunal Constitucional en 1980; en El Salvador se previó el Tribunal Constitucional en la Constitución de 1982; Guatemala estableció un Tribunal Constitucional en 1985; Costa Rica creó en 1989 una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia; Colombia instauró en 1991 la Corte Constitucional; Ecuador creó el Tribunal en 1945 y lo reinstaló en 1998; Paraguay creó una Sala Constitucional en 1992; Bolivia estableció el Tribunal Constitucional en 1994; Nicaragua creó una Sala Constitucional en 1995; México, mediante las reformas constitucionales de 1994, 1996 y 1999, estableció a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal Constitucional; y en Honduras se creó en 2001.

Los sistemas o modelos de control constitucional en América del Sur se pueden clasificar, según Humberto Nogueira Alcalá:<sup>6</sup>

1. Sistema judicial difuso (Argentina).
2. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema (Uruguay).
3. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema de Justicia y en su Sala Constitucional (Paraguay).
4. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Supremo (Brasil).
5. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Constitucional (Bolivia, Colombia).
6. Sistema de control constitucional dualista (Perú, Ecuador).
7. Sistema de doble control concentrado de constitucionalidad (Chile).

---

<sup>6</sup> Humberto Nogueira Alcalá, "Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur", ponencia en el IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales Constitucionales de América Latina, Florianópolis, 2002. Igualmente, Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional*. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 30.

En los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú las competencias se refieren al control constitucional normativo, control de constitucionalidad de conflictos de competencias y control de constitucionalidad a través del amparo de derechos fundamentales y sus garantías. En resumen, como dice Losing,<sup>7</sup> la jurisdicción constitucional en Europa “se evidencia como presupuesto irrenunciable de la conservación, operatividad, y desarrollo ulterior del Estado constitucional y democrático o, en otras palabras, como la culminación del Estado de Derecho”, y lo mismo se puede decir respecto de otras partes del mundo.<sup>8</sup>

En cuanto a la importancia de los tribunales constitucionales dice Javier Pérez Royo:<sup>9</sup>

[Son] una institución vigorosa, que no sólo no se ha difuminado con el paso del tiempo, sino que se ha ido convirtiendo en una institución cada vez más importante en el Estado Constitucional democrático. En los países europeos que tienen Tribunal Constitucional la historia de la democracia y la de la justicia constitucional han ido juntas, alimentándose la una a la otra. Esta es la razón por la que el Tribunal Constitucional es una institución de sólido prestigio, con una aceptación muy amplia tanto en la opinión especializada como en la opinión pública en general: de hecho, suele ser una de las instituciones mejor valoradas en todas las encuestas.

Por su parte, Mauro Cappelletti<sup>10</sup> expresa:

Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante puede encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la Justicia Constitucional en su forma de gobierno [...] Ésta es la razón por la cual los tribunales constitucionales se están imponiendo en los países orientales europeos tras la caída del Muro de Berlín: Polonia, Hungría, Repúblicas Checa y Eslovaca.

## II. Fundamento de la jurisdicción constitucional

El fundamento de la jurisdicción constitucional depende del concepto que se tenga de la Constitución, de las normas constitucionales y de su efectividad. La doctrina ha dicho que para que pueda existir un sistema de control constitucional son necesarios:

1. la existencia de una Constitución total o parcialmente rígida; y
2. un órgano estatal independiente y autónomo que desarrolle el control de constitucionalidad con facultad decisoria dentro de plazos determinados.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Norbert Lösing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Fundación Konrad Adenauer-Dykinson, Madrid, 2002, pp. 32-33.

<sup>8</sup> En el mismo sentido, M. García Pelayo, *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*, Lima, 1989, p. 32.

<sup>9</sup> Pérez Royo, o. cit., pp. 922-923.

<sup>10</sup> Mauro Cappelletti, cita de Pérez Royo, o. cit., p. 923.

<sup>11</sup> Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 30.

El jurista Manuel Aragón Reyes<sup>12</sup> dice sobre las relaciones entre control constitucional y Constitución:

[...] hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se “realice”, en expresión, bien conocida de Hesse; o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico. El control no forma parte únicamente de un concepto “político” de la Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma”.

Por tanto, la doctrina sostiene que el control es elemento indispensable del concepto de Constitución y dicho control es ejercido por la jurisdicción constitucional.

El tratadista Javier Pérez Royo<sup>13</sup> sostiene que las características de los tribunales constitucionales son las siguientes:

1. Como un órgano único, en el que se concentra la interpretación definitivamente vinculante de la Constitución.
2. Como un órgano jurisdiccional, aunque no integrado en el Poder Judicial. “El hecho de ser un Tribunal que actúa a instancia de parte y que obtiene información, la procesa y la traduce en una sentencia, como lo hacen los Tribunales de Justicia, se adecua muy bien a su naturaleza defensiva”.
3. Su composición tiende a reflejar el compromiso entre la mayoría y la minoría que presidió la aprobación de la Constitución.
4. Su competencia básica consiste en el control de constitucionalidad de la ley y, por tanto, en imponer a la mayoría parlamentaria que la aprueba el respeto del pacto constituyente.
5. Sus competencias adicionales van en la misma dirección: protección de los derechos fundamentales, esto es, defensa del individuo y de la sociedad frente al Estado; protección de la distribución territorial del poder y por tanto de la existencia de minorías territoriales; protección de la división de poderes, esto es, protección de la sociedad frente a la concentración indebida de poder en uno de los órganos del Estado.

A lo anterior habría que agregar que los tribunales constitucionales controlan el ejercicio del poder del Estado y complementan la división de poderes mediante el control constitucional. En palabras de Kelsen:<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder*, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 15.

<sup>13</sup> Pérez Royo, o. cit., p. 925.

<sup>14</sup> Citado por Pérez Royo, o. cit., p. 924.

La Justicia Constitucional desempeña una función de protección eficaz de la minoría contra el avasallamiento de la mayoría, cuyo dominio sólo es soportable en la medida en que se ejerce jurídicamente.

Por otra parte, los tribunales constitucionales han sido una institución defensora del régimen constitucional democrático. Garantizan la supremacía e integridad de la Constitución como norma de normas y fuente de fuentes del derecho. Además, como se ha dicho, estos tribunales garantizan el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

José Asensi Sabater<sup>15</sup> al referirse al papel preponderante de los tribunales constitucionales dice:

Es hoy opinión generalizada que el juez constitucional desarrolla cada vez más una función activa que abarca desde la represión de las leyes inconstitucionales hasta una función de dirección integradora, de estímulo, y más genéricamente, de garantía activa de los fines de la Constitución. [...] La voluntad democrática representada en el parlamento queda decisivamente limitada por la existencia de estas *normas superiores* cuyo intérprete es el tribunal constitucional. De ahí que, en consonancia con otras características que afloran en el constitucionalismo actual, pueda decidirse que el anterior *estado legislativo-parlamentario* está dejando paso a un *estado jurisdiccional* (Rusconi, 1997). O lo que es igual, la *soberanía popular* se está transformando en *soberanía constitucional*.

La creación de una Constitución escrita que no pueda ser modificada sino mediante un procedimiento especial y determinado dio origen al control constitucional. El artículo VI § 2 de la Constitución estadounidense de 1789 declaró la Constitución como ley suprema del país y obligatoria para todos los jueces. De esta norma se desarrolló la doctrina del *judicial review* que fue formulada por el juez Marshall en el caso *Marbury v. Madison*: “Es evidente que, o los jueces prefieren la Constitución a las leyes que la contravienen, o el legislador puede modificar la Constitución mediante la legislación ordinaria”. Por tanto, si la Constitución es el derecho supremo, la ley inconstitucional deberá ceder ante ella.

Norbert Lösing<sup>16</sup> encuentra antecedentes en la distinción en Atenas entre *nomoi* (ley en sentido estricto) y *pséphisma* (decreto), el derecho natural como límite del poder del gobernante, y la creación de un *higher law* o *common law*. Agrega que como hitos importantes hay que añadir el amparo en México, en Suiza la queja constitucional o el *recours de droit public* para imponer la supremacía del derecho federal sobre los derechos cantonales.

Mauro Cappelletti<sup>17</sup> considera que en Noruega, Dinamarca, Rumania, Grecia y Portugal, aun antes de la primera guerra mundial, se reconocen los inicios de un

---

<sup>15</sup> José Asensi Sabater, *La época constitucional*, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1998, pp. 212 y 213.

<sup>16</sup> Lösing, o. cit.

<sup>17</sup> Mauro Cappelletti y William Cohen, *Comparative Constitutional Law*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1979, p. 12.

control constitucional por vía judicial, si bien éstos en principio no se pudieron aplicar a largo plazo.

Ya se ha visto que luego de la primera guerra mundial la jurisdicción constitucional adquirió importancia gracias a los esfuerzos de Hans Kelsen y Franz Wyer. Los primeros tribunales constitucionales, como se expresó, fueron los de Austria y Checoslovaquia, creados en 1920. Hay que dejar establecido que la justicia constitucional se ubica dentro de la defensa constitucional. Los tribunales constitucionales son uno de los mecanismos de defensa de la Constitución. Puede haber otros mecanismos, como las normas sobre reforma de la Constitución.

Desde un punto de vista objetivo, la justicia constitucional está formada por las funciones jurisdiccionales realizadas para la garantía y defensa de la Constitución. Pero hay que tener en cuenta que, además, el control de constitucionalidad no es el único objeto de la justicia constitucional. Actualmente se agregan la tutela de los derechos fundamentales y, en algunos Estados, la decisión de los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado y la denominada *justicia política*. Además, en Estados federales se plantea la resolución de conflictos entre el Estado central y las entidades políticamente descentralizadas. Los mecanismos de defensa de la Constitución pueden atribuirse a órganos políticos como el Parlamento, que sería juez y parte de sus propias decisiones, a órganos ejecutivos o a órganos judiciales, que son propiamente los denominados de justicia constitucional.

En la atribución a órganos judiciales hay dos sistemas:

- a. El sistema austriaco se caracteriza por la atribución a un Tribunal *ad hoc* de las competencias de justicia constitucional. Es el sistema de justicia constitucional concentrado. Las sentencias del Tribunal Constitucional producen, en caso afirmativo, la nulidad de la disposición impugnada. Este sistema influyó en los modelos alemán, italiano y español.
- b. El sistema norteamericano, que se denomina *judicial review*. Se trata de un control difuso, ya que todos los tribunales son competentes en este sentido, aunque están vinculados por el principio *stare decisis*. Además, únicamente se admite la vía indirecta en el control de constitucionalidad de las leyes; no se produce la nulidad de la disposición afectada sino únicamente su inaplicabilidad al caso concreto objeto del proceso.<sup>18</sup>

Los tratadistas Lucio Cabrera y Fix-Zamudio<sup>19</sup> expresan:

La contribución de América a la defensa constitucional consiste en que en este continente surgió la verdadera y propia garantía jurisdiccional de la Constitución, en

<sup>18</sup> Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 2000, pp. 279-280.

<sup>19</sup> Lucio Cabrera y Fix-Zamudio, en el Prólogo a la obra de James Allan Clifford Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963, p. 10.

contraste con el continente europeo, en donde se ensayó primeramente la búsqueda de una defensa política de la Constitución, una de cuyas manifestaciones fue la defensa por Sieyes de la necesidad de crear un “Jury de Constitution” o “Jury constitutionnel”.

Hay que tener en cuenta que en la actualidad la justicia constitucional de los distintos Estados tiene características especiales y por tanto no responde a los modelos antes mencionados. Expresa el tratadista Álvarez Conde<sup>20</sup> refiriéndose a los modelos citados:

La filosofía política subyacente a ambos sistemas es muy diferente. Mientras el sistema norteamericano tiene, al menos en sus orígenes, como finalidad fundamental la consagración del principio federal, el sistema europeo tiene como finalidad la garantía de la libertad. Pensemos que en 1803 todavía existe en Norteamérica la esclavitud y que en 1920, en Europa, las célebres disputas entre Kelsen y Schmitt, para quien la existencia de una jurisdicción constitucional politiza la justicia en vez de judicializar la política, se convierten en auténticas confrontaciones entre Democracia y Dictadura.

Sin embargo, es muy difícil dar una regla general; depende de la Constitución de cada Estado consagrar un modelo que se ajuste a sus especiales circunstancias históricas, políticas, y sociales.

### III. Naturaleza de los tribunales constitucionales

A partir de la segunda guerra mundial se produce un renacimiento de la justicia constitucional. Ello obedece, según Álvarez Conde,<sup>21</sup> a estas consideraciones:

- a. La justicia constitucional surge como reacción ante la crisis del concepto clásico de la Constitución. Se acepta que la Constitución deje de ser una simple declaración de principios y se convierta en norma directamente aplicable.
- b. La justicia constitucional es consecuencia del principio de la supremacía de la Constitución, por lo cual la doctrina ha dicho que sólo es posible en aquellos sistemas políticos dotados de Constitución rígida.
- c. La justicia constitucional debe ser considerada como una manifestación del Estado de Derecho, en cuanto supone la consagración del principio de legalidad constitucional, la tutela de los derechos y libertades y la aceptación del principio de división de poderes, tanto en su aspecto horizontal como vertical.

Nosotros agregaríamos que los tribunales constitucionales son el instrumento de defensa de la Constitución por excelencia. Pero debe entenderse que la Constitución comprende el Preámbulo, las normas constitucionales y los principios y valores constitucionales, todo lo cual forma una unidad sistemática. Hay que tener en cuenta

---

<sup>20</sup> Álvarez Conde, o. cit., p. 281.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 281.

que la interpretación constitucional de los tribunales constitucionales vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos. Estos tribunales son órganos constitucionales. En efecto, tienen competencia constitucional; su existencia, funciones y estructura básica son establecidas por la Constitución. Por tanto, el juez constitucional se diferencia del juez ordinario.

En cuanto a su naturaleza, los tribunales constitucionales se pueden concebir como órganos estrictamente judiciales desde un punto de vista estrictamente jurídico, pero también al respecto hay varias teorías. Algunos autores (Tesauro y Lavagna) afirman la naturaleza jurisdiccional; otros (Calamandrei, Kelsen y Villari) sostienen su cariz legislativo; y unos pocos, la naturaleza administrativa (Balladore Pallieri). Parte de la doctrina hace hincapié en que son órganos de justicia política (Mortati, Martinres y Cheli). Louis Favoreu<sup>22</sup> expresa:

La cuestión de la composición no puede plantearse de manera neutral, ya que, habida cuenta de la repercusión de sus decisiones, el juez constitucional desempeña necesariamente un papel o una función política. [...] toda jurisdicción constitucional, incluso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tiene un carácter político, pues si no, no se trata de una verdadera jurisdicción constitucional.

El profesor Martínez Sospedra<sup>23</sup> enumera seis razones para afirmar el carácter jurisdiccional de los tribunales constitucionales: 1) la sujeción de su función a un método jurídico de interpretación; 2) el carácter reglado de la acción del tribunal constitucional en cuanto la actividad de conocimiento jurídico y no de oportunidad política; 3) su actuación que sólo opera a instancia de parte; 4) la vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial y contradictorio; 5) los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta la actividad jurisdiccional; y 6) su posición de tercero súper partes.

En Colombia la Corte Constitucional forma parte del Poder Judicial y las funciones que se le adscribieron en el artículo 241 de la Constitución Política son jurídicas. Sin embargo, el análisis jurídico no es puro, sino que debe tener en consideración la realidad constitucional que incluye aspectos político-económico-sociales.

Los tribunales constitucionales, como dice Pablo Lucas Verdú,<sup>24</sup> deben tener como fundamento lo que denomina la “fórmula política de la Constitución”. Este autor sostiene que las normas constitucionales expresan una ideología jurídicamente organizada en una estructura social.

---

<sup>22</sup> Informe general de Louis Favoreu, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 21-22.

<sup>23</sup> Manuel Martínez Sospedra, “El Tribunal Constitucional como órgano político”, en Dirección General de lo Contencioso del Estado, *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1794 y ss.

<sup>24</sup> Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, p. 806.

Verdú, como Rotteck y Welcker, habla de *política constitucional* y aun de *ingeniería constitucional*. Esto significa que la Constitución tiene en cuenta el proceso político que se ajusta a los acontecimientos políticos. El autor define *política constitucional* como:

[...] el proceso político que conduce a la elaboración de las normas y a la configuración de institutos, de acuerdo con un instrumento jurídico, codificado y sistemático (Constitución) y con su legislación complementaria que configuran la organización y ejercicio del poder y el resguardo de los derechos humanos.<sup>25</sup>

Se ha dicho que la justicia constitucional está viciada por su naturaleza política. La crítica más dura respecto a la ausencia de legitimidad de los tribunales constitucionales la formuló Carl Schmitt,<sup>26</sup> quien en 1929 se hizo eco de la afirmación de Guizot de que, en tales casos, “la justicia tiene todo que perder y la política nada que ganar”.

Schmitt creía que la defensa de la Constitución no se debía encomendar a la justicia constitucional, sino, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de Weimar, al presidente de la República. Dijo que los tribunales constitucionales con jurisdicción concentrada se aproximan al papel del Senado en la Constitución napoleónica, que no dice el derecho sino que lo hace.

Hans Kelsen refutó la tesis de Schmitt en su libro *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*<sup>27</sup> Sostuvo que toda sentencia del tribunal constitucional tiene la fuerza de una ley posterior que deroga otra anterior, lo cual lo convierte en una suerte de “legislador negativo”.

Si bien es innegable que la justicia constitucional puede conocer de conflictos de carácter político, como dice Pedro José González-Trevijano Sánchez,<sup>28</sup> “nada de ello impide que éstos se resuelvan de conformidad con un criterio jurídico y una metodología jurídica, cualesquiera que sean los concretos métodos utilizados”. Bachof<sup>29</sup> expresa:

El carácter político de un acto no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento lo despoja de su carácter jurídico. [...] Con ello no puede desconocerse que el juez puede estar vinculado a prejuicios propios de su origen social, de su concepción política o de su visión del mundo; que de ningún hombre se puede eliminar un último resto de subjetividad. Pero el juez experimentado conoce los peligros del trasfondo emocional e irracional de su actividad y, precisamente, por regla general sabe eliminarlos. Toda su formación profesional, la necesidad de un continuo enfrentamiento con otras opiniones, el ininterrumpido “diálogo” al que ya

<sup>25</sup> *Ibíd.*, p. 807.

<sup>26</sup> C. Schmitt, *Das Reichsgericht der Verfassung*, citado por Eduardo García Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1994, p. 159. De este mismo jurista, *Teoría de la Constitución*, trad. F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982.

<sup>27</sup> Kelsen, o. cit.

<sup>28</sup> González-Trevijano Sánchez, o. cit., p. 40.

<sup>29</sup> O. Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. R. Bercovitz, Taurus, Barcelona, 1963, p. 53.

hemos referido; todo esto garantiza un nivel de objetividad que, aunque no sea absoluto, es muy elevado. Si se necesitase aún otra prueba, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la ha aportado, eliminado todas las especulaciones iniciales sobre las diversas tendencias políticas de sus Salas.

Francisco Tomás y Valiente,<sup>30</sup> refiriéndose a la realidad política y la independencia de los tribunales constitucionales, expresa la siguiente conclusión, que compartimos:

La realidad política es conflictiva y el Tribunal Constitucional, que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse nunca la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar. Su posición es eminente, la propia de un juez. Pero su imparcialidad objetiva y la independencia de criterio de sus magistrados no son garantía intangible a los ojos de muchos, porque afectando sus resoluciones a temas clave de la organización del Estado y de la esfera de libre acción de los ciudadanos en la sociedad, es inevitable que los conflictos salpiquen al órgano que los resuelve. Lo esencial es que la politización del litigio jurídico y del paralelo debate social no influyan en la resolución del Tribunal. Lo imposible es que la sentencia, adoptada con plenitud de independencia, satisfaga a todos los contendientes, es decir, a quienes litigaron como partes procesales y a quienes lo hicieron libre, pero desinteresadamente, en el gran foro de los medios de comunicación.

#### IV. Misión de los tribunales constitucionales

La misión principal de los tribunales constitucionales es la defensa de la Constitución. En su famoso ensayo de 1928 sobre la jurisdicción constitucional, Kelsen expresó: “Una constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico”. Y agregó: “Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”.<sup>31</sup> A esta aseveración hay que agregar que tal garantía no existe sino cuando la declaratoria de inconstitucionalidad corresponde a un órgano completamente diferente e independiente de aquel que produjo la norma inconstitucional.

Smend<sup>32</sup> asigna a los tribunales constitucionales una triple tarea:

Por una parte, crea orden en el amplio espacio de las cuestiones jurídico-constitucionales, en las que sólo puede crear un orden auténtico una justicia

---

<sup>30</sup> Francisco Tomás y Valiente, “La Constitución y el Tribunal Constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 18 y 19.

<sup>31</sup> Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (*Anuario Jurídico* 1-1974), p. 510.

<sup>32</sup> Smend, cita de García de Enterría, o. cit., p. 195.

independiente del más alto rango. En segundo lugar, fortalece las bases de nuestra existencia política, en la que nos permite a los ciudadanos experimentar la vivencia de la condición de Estado de Derecho de nuestra comunidad y de la dignidad garantizada de ciudadanos libres. Finalmente, lucha por el imperio de los derechos y los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la tierra.

Klaus Richter<sup>33</sup> afirma:

La jurisdicción constitucional se puede apoyar, en el Estado de Derecho, en el principio constitucional de la sujeción del poder del Estado al derecho y a la ley. En esto, la norma fundante es la constitución del Estado de Derecho, que constituye también la base para la labor del Tribunal Constitucional.

Se ha preguntado la doctrina: ¿Quién controla al control? La respuesta es que existen dos medios para controlar el arbitrio judicial:

- a. el juicio como procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces y,
- b. en forma indirecta, las “cláusulas programáticas” de la Constitución, que integran la parte ideológica de las normas del Estado.

El tratadista Vanossi<sup>34</sup> dice al respecto:

Estamos frente a un problema análogo al de la cuadratura del círculo: o no hay control, y entonces podemos desembocar en la ilimitación del ejercicio de los poderes, que significa el quebrantamiento de las competencias y limitaciones establecidas por la Constitución; o establecemos el órgano de control, pero enseguida se plantea el problema de quién controla al control, al surgir el riesgo de que dicho órgano asuma una verdadera “dictadura” interpretativa de los textos constitucionales, y descalifique todos aquellos actos o normas que no se compadezcan con las valoraciones que él explicita. Como vemos, todos los caminos conducen a la interpretación; y la enorme importancia de ésta queda en evidencia cuando percibimos que toda la función de control está finalmente subsumida en la tarea de interpretación que cumple el órgano especializado.

La segunda misión de los tribunales constitucionales es la defensa de los derechos fundamentales de las personas, para lo cual, no sólo se hace un amplio catálogo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sino que se regulan los mecanismos de protección como las acciones de amparo (en Colombia se denomina *acción de tutela*), las acciones populares, las acciones de grupo y las acciones de cumplimiento. Además de lo anterior, los tribunales constitucionales tienen como misión aplicar los principios y valores constitucionales.

---

<sup>33</sup> Klaus Richter, “El papel de la justicia en la superación del ilícito estatal en el ejemplo de la República Federal de Alemania”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1997*, DíkÉ, p. 485.

<sup>34</sup> Jorge Reinaldo Vanossi, *Teoría constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 2000, pp. 126-27.

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 1º, dice que Colombia:

[...] es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Los valores y los principios fundamentales contenidos en el título 1º de la Constitución son suprapositivos y su contenido esencial debe ser respetado por la legislación. Además, todo el ordenamiento jurídico se debe interpretar a la luz de los valores y principios constitucionales, incluido el preámbulo de la Constitución.<sup>35</sup> La justicia constitucional ha de operar para consolidar el Estado social de Derecho, para asegurar a los integrantes de la nacionalidad colombiana la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, como lo dice el Preámbulo, “dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”.

La justicia constitucional tiende a estas características:

- a. Defiende la Constitución. Ha dicho la doctrina que Constitución y Tribunal Constitucional son categorías interdependientes.<sup>36</sup> García Enterría<sup>37</sup> afirma que “una Constitución sin Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte”.
- b. La justicia constitucional vela por la protección de los derechos fundamentales de las personas y el sistema democrático.
- c. El Tribunal Constitucional vela por el mantenimiento del núcleo duro de los derechos fundamentales que garantiza en condiciones de igualdad la Constitución.
- d. La justicia constitucional es uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho que hoy conlleva el principio de constitucionalidad, porque la Constitución es la norma suprema. Van Der Meersch<sup>38</sup> ha señalado: “no existe Estado de Derecho sin Tribunal Constitucional”.
- e. La justicia constitucional es un poder de cierre del propio sistema. La justicia constitucional garantiza la supremacía de la Constitución. Además, se asegura la limitación y sujeción del poder al derecho.

---

<sup>35</sup> Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, Librería del Profesional, 2002, pp. 25 y ss.

<sup>36</sup> G. Leibholz, *Conceptos fundamentales de la política y teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 32-33.

<sup>37</sup> García Enterría, o. cit., p. 186.

<sup>38</sup> W. J. Ganshof Van Der Meersch, en el Prefacio a J. Velu, *Droit public*, t. I, Bruylant, Bruselas, 1986, pp. X y XI.

## V. Importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho

Dentro de un Estado social de Derecho los tribunales constitucionales no sólo son necesarios sino que también son trascendentales para la realización de los objetivos de una democracia que conlleva la existencia de controles, el más importante de los cuales es el control constitucional. La existencia de los tribunales constitucionales supone la aceptación de la supremacía de la Constitución y el reconocimiento de que ésta es una norma suprema que está en la cúspide del ordenamiento jurídico. Dice el profesor Pedro de Vega:<sup>39</sup>

Si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica. Proceder de otro modo supondría condenar la teoría constitucional y la labor de los constitucionalistas al más menesteroso y errante de los quehaceres.

Hans Kelsen,<sup>40</sup> quien fue el artífice de la justicia constitucional, dice que la garantía de la Constitución presupone, para resolver una noción clara de Constitución, entenderla como la cúspide de la teoría escalonada del orden jurídico (*Stufenbautheorie*), es decir, la Constitución como norma suprema. Sin embargo, reconoce que “la Constitución expresa, jurídicamente, el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado”.

Los tribunales constitucionales que se crearon inicialmente y los que han venido a crearse con posterioridad tienen en esencia estas funciones: control constitucional de las leyes (abstracto o en concreto), resolución de conflictos constitucionales, de atribuciones y competencias, y protección de los derechos fundamentales mediante la acción de amparo o de tutela.

La importancia de los tribunales constitucionales se fundamenta en las funciones que cumplen en orden a preservar el equilibrio de poderes y sus atribuciones, proteger los derechos fundamentales y garantizar la supremacía de la Constitución. Se trata de órganos límites en materia constitucional y por eso la interpretación que hagan de las normas constitucionales se considera integrada a la Constitución y constituye el precedente que deben seguir los mismos tribunales y que se impone a los jueces en la aplicación de las normas.

Los tribunales constitucionales interpretan con autoridad la Constitución. Además, el ordenamiento jurídico debe interpretarse según los principios y valores constitucionales como han sido interpretados por el respectivo Tribunal Constitucional.

---

<sup>39</sup> Pedro de Vega García, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 7, nueva época, Madrid, enero-febrero, 1979, pp. 93 y ss.

<sup>40</sup> Hans Kelsen: “La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice constitutionnelle”, en *Revue de Droit Public*, 1928, p. 204.

Estos tribunales son órganos autónomos, se autogobiernan y son independientes de los otros poderes públicos, aunque pueden formar parte del Poder Judicial —es el caso de la Corte Constitucional colombiana—. Expresa Pablo Lucas Verdú:<sup>41</sup>

La doctrina es unánime en considerar que la jurisdicción constitucional es la máxima expresión del Estado de Derecho [...] mediante la justicia constitucional, se cumple y asegura el orden fundamental en la medida en que se aplican a casos concretos las normas constitucionales, se esclarece el ámbito de aplicación de todas las normas, se garantiza el cumplimiento de la ley fundamental, que prevalece sobre la norma ordinaria, e incluso se va integrando el Derecho constitucional.

Se ha dicho que el Estado de Derecho supone limitación de poder, garantía de los derechos fundamentales y supremacía de la Constitución. El órgano que garantiza el cumplimiento de los propósitos del Estado de Derecho es el Tribunal Constitucional.

Refiriéndose a la conexión entre el Estado de Derecho y el Tribunal Constitucional en España, el presidente de este tribunal, Manuel García Pelayo,<sup>42</sup> expresó que la función de este órgano es “perfeccionar la vigencia del Estado de Derecho en el que se constituye la Nación española en virtud de una decisión fundamental expresada en el preámbulo y en el artículo 1º, 1 de la Constitución”.

Esta afirmación es aplicable en Colombia, ya que según el Preámbulo y el artículo 1º de la Constitución Colombia se constituye como “Estado social de derecho” dentro de un marco jurídico democrático y participativo para garantizar un orden político, económico y social justo. Esto significa lo siguiente:

- a. que el pueblo colombiano decidió constituirse en un Estado de Derecho calificado de social y democrático-participativo;
- b. que existe conexión formal y funcional entre el Estado social de Derecho previsto en la Constitución y la Corte Constitucional; y
- c. que la Corte Constitucional perfecciona el Estado de Derecho; la Constitución se debe interpretar como un sistema coherente y esta función compete a la Corte Constitucional como intérprete supremo de la Constitución e independiente de los demás órganos constitucionales.

## VI. Razón de la existencia de los tribunales constitucionales

Las razones que explican la existencia de los tribunales constitucionales son las siguientes:

---

<sup>41</sup> Verdú, o. cit., p. 687.

<sup>42</sup> Manuel García Pelayo, “El status del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 15 y ss.

### 1. *El cambio de la supremacía de la ley por la supremacía de la Constitución*

Los tribunales constitucionales se explican dentro del Estado Constitucional que privilegia la Constitución por sobre la ley. Dentro del Estado liberal de Derecho se sacralizó la ley. Como dice Louis Favoreu:<sup>43</sup>

La sacralización de la ley es una primera explicación. A partir de la Revolución de 1789, a lo largo del siglo XIX y a comienzos del XX, el dogma rousseauniano de la infabilidad de la ley se impone y difícilmente se discute. El reino del derecho es el reino de la ley. [...] El concepto de legitimidad [...] coincide con el de legalidad, es decir, con la conformidad de las actividades públicas y privadas a las leyes votadas por el Parlamento. El “derecho” (*jus, law, diritto, derecho, Recht*) se identifica cada vez más estrechamente con las leyes del Parlamento (*Lex, statute, legge, ley, Gesetz*).

Es indudable que actualmente lo sagrado es la Constitución como “norma de normas”, y como norma suprema requiere un órgano encargado de defender su integridad y supremacía.

### 2. *El control constitucional y la jurisdicción ordinaria*

¿Puede la justicia ordinaria ser el órgano de control de constitucionalidad? La respuesta negativa la dio Mauro Cappelletti:<sup>44</sup>

Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de “carrera”, poco aptos para cumplir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de “meros intérpretes” y “fieles servidores” de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente del núcleo central de éstas, que es la Declaración de los derechos fundamentales o “Bill of Rights”, suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias. Requiere una aproximación que se conjuga mal con la tradicional “debilidad y timidez” del juez según el modelo continental.

Si bien en algunos Estados la jurisdicción ordinaria ejerce el control constitucional, la tendencia actual, como se ha visto de la lista de los Estados que han creado tribunales constitucionales, es la de crear un órgano especializado, autónomo e independiente que se encargue del control jurisdiccional y de la protección de los derechos fundamentales. En este aspecto históricamente se puede mencionar el Tribunal del Imperio, que tenía atribuciones de tribunal constitucional en lo concerniente a litigios federales (1848) en Austria en 1867, el Jury Constitutionnel de Sieyès en Francia, y en España el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República.

### 3. *La existencia de tribunales constitucionales no es contraria a la separación de poderes*

Como la Constitución es norma fundamental y no contiene sólo reglas sobre los órganos y procedimiento de la legislación, incluye también un catálogo

<sup>43</sup> Favoreu, o. cit., pp. 18-19.

<sup>44</sup> Mauro Cappelletti, *Cours constitutionnelles*, p. 463

de derechos fundamentales de las personas. La garantía de la Constitución reposa en la posibilidad de anulación de los actos que sean contrarios a ella. Ahora bien, el órgano encargado de declarar inconstitucionales las leyes contrarias a la Constitución es el Tribunal Constitucional. No puede ser el Congreso, por las razones que expone Hans Kelsen:<sup>45</sup>

El órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no un órgano de aplicación del derecho, vinculado por la Constitución, como lo es en teoría, si bien en una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal, a quien le compete la anulación de los actos inconstitucionales; es decir, una jurisdicción o Tribunal Constitucional.

Kelsen dice que la existencia de tribunales constitucionales no viola el principio de la separación de poderes porque éstos son “legisladores negativos” que están determinados exclusivamente por la Constitución.

Los tribunales constitucionales existen en Estados dotados de régimen parlamentario (Alemania, Italia, España, Bélgica), semiparlamentario (Francia, Austria, Portugal) o presidencial (Estados Unidos de América, Colombia, Perú, Ecuador, Guatemala, etcétera).

Los tribunales constitucionales son independientes de cualquier otra autoridad estatal y tienen un estatuto que define su organización, funcionamiento y atribuciones. Poseen el monopolio del control constitucional, si bien hay sistemas mixtos, como el colombiano, en que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado tienen el control constitucional según el reparto de competencias fijado en la Constitución. La designación de los jueces constitucionales se hacen por autoridades políticas.

Por regla general la jurisdicción constitucional está fuera del aparato jurisdiccional. Es un poder independiente de los demás poderes del Estado. La esencia de los tribunales constitucionales es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, que tienen la competencia de hacer justicia con autoridad de cosa juzgada y producir declaraciones de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. Otra de las funciones de los tribunales constitucionales es la protección de los derechos fundamentales por medio de la acción de amparo. Debe tenerse en cuenta que hay diversos sistemas de organización de la jurisdicción constitucional y ello depende de las circunstancias políticas y sociales de cada Estado.

## VII. Críticas a la existencia de los tribunales constitucionales

Las principales críticas que se han formulado a la existencia de los tribunales constitucionales son las siguientes:

---

<sup>45</sup> Kelsen, “La garantie...”, o. cit., pp. 197-257.

1. Se dice que la justicia constitucional es un poder soberano. Sin embargo, estos tribunales constituyen un poder que, como todos los poderes públicos, está subordinado a la Constitución.
2. Se afirma que la justicia constitucional usurpa la función legislativa del Congreso. Es cierto que estos tribunales declaran la inconstitucionalidad de una ley y al hacerlo asumen el papel de legislador negativo, pero ello obedece a la supremacía de la Constitución, establecida en todas las Cartas Fundamentales.
3. Se argumenta que los tribunales constitucionales favorecen la inseguridad jurídica, pero hay que considerar que el papel de la justicia constitucional es el máximo protector de los derechos fundamentales y libertades públicas del ciudadano.
4. Se critica a la justicia constitucional el estar viciada por su naturaleza política. Quienes así lo afirman recuerdan a Schmitt, quien en 1929 se hacía eco de la afirmación de Guizot ya citada: “La justicia tiene todo que perder y la política nada que ganar”. Sin embargo, esta crítica no es exacta, ya que todas las decisiones de los tribunales constitucionales deben tomarse con criterios y metodología jurídica independientemente de la naturaleza de los conflictos.
5. Se le critica a la justicia constitucional que carece de legitimidad. A este respecto hay que observar que, si bien la legitimidad no es directa, en la mayoría de las Constituciones está previsto que los magistrados de los tribunales constitucionales, en todo o en parte, sean elegidos por el Congreso. No puede olvidarse que este tribunal es tan órgano del pueblo como los demás órganos del Estado, incluido el Parlamento.

Por lo antes visto, carecen de razón las críticas que se han formulado contra la existencia de los tribunales constitucionales.

### VIII. La jurisdicción constitucional en Colombia

El desarrollo constitucional en Colombia se remonta a la Constitución de 1821, en la cual el Senado podía suspender por motivos de inconstitucionalidad una ley expedida por el Legislativo, hasta el siguiente período, lo cual permitía un nuevo control político por un Parlamento diferente.<sup>46</sup>

Si bien la Constitución de 1821 preveía en su artículo 157 la posibilidad de ejercer la acción popular de inconstitucionalidad, el control constitucional por vía judicial se estableció en la Carta de 1853. Se restringía al control de las ordenanzas municipales y a su conformidad con el derecho nacional y la Constitución.

---

<sup>46</sup> Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, 1996, p. 144.

En la Constitución de 1858 se amplió el control judicial de las normas a todas las leyes de los estados miembros. La Corte Suprema podía suspender las leyes de los estados miembros que considerara inconstitucionales, aunque, de conformidad con el artículo 50 de la Constitución, sólo mientras el Senado decidía definitivamente. Éste era informado de inmediato por la Corte Suprema de Justicia de la suspensión provisional de la vigencia de una ley de un estado miembro.

La Constitución de 1863 adoptó el modelo de la Constitución de 1858, pero para la suspensión de las leyes de los estados se exigía la decisión unánime de la Corte Suprema de Justicia. De conformidad con el artículo 72 de la Constitución de 1863 la decisión definitiva seguía siendo del Senado.

En la Constitución de 1886 la competencia para decidir la inconstitucionalidad de una ley se reservó a la Corte Suprema de Justicia, pero la posibilidad de solicitar el control se restringió al presidente de la República. Sin embargo, el artículo 6° de la ley 153 de 1887 determinó la aplicación de toda ley que hubiese expedido luego de la Constitución de 1886, “aun cuando parezca contraria a la Constitución”.<sup>47</sup>

En la reforma constitucional de 1910 se introdujo el control constitucional de las leyes que podía ser iniciado por cualquier persona. El artículo 40 de la Constitución de 1886, en la forma como fue reformado por el acto legislativo n° 3 de 1910, establecía la supremacía de la Constitución al decir: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”. El artículo 41 le dio competencia a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad presentadas por cualquier ciudadano y sobre las objeciones presidenciales a los proyectos de ley. Esta norma decía:

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

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

El artículo 40 antes citado estableció el control difuso y el artículo 41 el control concentrado.

Con la reforma de 1945 se le asignó al Consejo de Estado la última instancia en asuntos contencioso-administrativos, y la competencia para conocer del control de constitucionalidad de los decretos del Ejecutivo que no tuvieran fuerza de ley. En lo restante, la competencia la tenía la Corte Suprema de Justicia, según el artículo 214 de la Constitución.

En la reforma constitucional de 1968 se creó en la Corte Suprema de Justicia una Sala Constitucional que debía proyectar sentencias en casos de control de cons-

<sup>47</sup> Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, 6ª ed., 1995, p. 398. Lösing, o. cit., p. 311.

titucionalidad, los que eran decididos por la Sala Plena de dicha Corporación. Además, se estableció el control automático sobre los decretos que expediera el presidente durante el estado de sitio. El Consejo de Estado siguió conociendo de los decretos ejecutivos y reglamentarios, o sea, los que no fueran expedidos con base en el artículo 76 números 11 y 12 y el artículo 121 de la Constitución.

En la Constitución de 1991 se creó la Corte Constitucional, que entró en funciones el 17 de febrero de 1992. El artículo 241 de la Constitución Política de 1991 dice que 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”. Este artículo otorga a la Corte 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, solo 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, solo 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 solo 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.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
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.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
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.
11. Darse su propio reglamento.

Como se ha visto, el artículo 241 adopta el principio de la supremacía constitucional. La Constitución la concibe en el artículo 4° como “norma de normas”. Esto convierte a la Constitución en fuente de derecho y le otorga eficacia directa, por lo cual los jueces pueden aplicarla directamente.

La Constitución Política de 1991 establece un sistema mixto que tiene estas categorías:

- a. Control por vía de acción pública. Es ejercido por las personas naturales nacionales que gozan de ciudadanía. Además, es posible que los servidores públicos ejerzan dicha acción. Las personas jurídicas no pueden solicitar la declaratoria de inexequibilidad (sentencia C-275 de 20 de junio de 1996, M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).
- b. Control por vía de excepción o incidental. Este control difuso está consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política, que dice: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.
- c. Control por vicios de procedimiento para la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Carta (Constitución Política, artículo 241, numeral 2°), como también respecto a los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional (Constitución Política, artículo 241 numeral 3°).
- d. Control sobre los decretos legislativos expedidos con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
- e. Control sobre los proyectos de leyes estatutarias (artículo 153 de la Constitución Política).
- f. Control sobre los proyectos de ley objetados por el presidente de la República (artículo 167 de la Constitución Política).
- g. Control sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueben.

El control de constitucionalidad es también ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 237 ordinal 2° de la Constitución establece como competencia del Consejo de Estado: “Conocer de las acciones de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. Igual competencia la cumplen los tribunales administrativos a nivel departamental y municipal (ley 270 de 1996, artículo 49).

## **IX. Conclusiones**

Las conclusiones que se deducen de este trabajo son las siguientes:

1. La tendencia actual es hacia la creación de tribunales constitucionales y consolidación de los existentes. No hay precedente reciente de supresión de tribuna-

les constitucionales. La razón reside en que el actual Estado constitucional democrático y social dispone de diversos mecanismos para asegurar la supremacía de la Constitución y el principal es el control constitucional. La tendencia hacia el incremento de los tribunales constitucionales puede observarse en lo sucedido en Europa del Este y en Latinoamérica. Norbert Lösing,<sup>48</sup> después de estudiar los sistemas de jurisdicción constitucional en Latinoamérica, concluye:

A pesar de los retrocesos (aun de aquellos que todavía se pueden esperar) el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica se puede evaluar por completo como positivo. Es parte básica en el proceso de promoción del orden constitucional; sin embargo, no se puede convertir por sí sola en piedra angular. La tendencia que se percibe en algunos países es la del desarrollo de Tribunales Constitucionales (o Salas Constitucionales) que remplacen o que por lo menos corrijan regularmente los procedimientos que se llevan ante los tribunales ordinarios. Esta situación es soportable solo de manera provisional, hasta que las reformas necesarias de la jurisdicción ordinaria se lleven a cabo y den sus primeros frutos. Hasta ahora la jurisdicción constitucional y los derechos constitucionales que le pertenecen han sido el eje y centro del desarrollo del orden constitucional. A quienes se oponen a una jurisdicción constitucional fuerte se les argumenta que ésta es un poder que sólo actúa a través de la palabra y que no le ha costado la vida a ningún ciudadano, pero que sin embargo sí ha protegido a algunos frente a graves violaciones de los derechos.

2. El control jurisdiccional es inseparable del concepto de Constitución si se pretende que ésta se realice como norma y no en forma únicamente programática.

3. El sistema europeo de control constitucional ideado por Kelsen ha sido adoptado por la mayoría de las Constituciones vigentes en dicho continente. Si bien las funciones de los tribunales constitucionales son diferentes, hay uniformidad en que siempre exista un órgano *ad hoc*, diferente de la jurisdicción ordinaria, que conforme una jurisdicción especial a la cual se le atribuye el control constitucional de las leyes.

Desde luego que existen sistemas distintos de control constitucional (difuso, concentrado, mixto), pero la tendencia es a la creación de un órgano especializado que es el de los tribunales constitucionales.

4. La existencia de los tribunales constitucionales supone necesariamente la fuerza normativa obligatoria de la Constitución como norma fundamental y suprema. Al respecto expresa Marc Carrillo en el prólogo al libro de Favreau sobre el tema:

La consolidación de justicia constitucional ha exacerbado la fuerza normativa de la Constitución. Su exigibilidad jurídica ante jueces y tribunales constituye uno de los presupuestos básicos del Estado democrático. Así mismo, la llamada juridificación de la vida política y del conflicto social latente encuentra en los tribunales constitucionales un instrumento esencial, aunque no exclusivo, de garantía del respeto a la Constitución de los poderes públicos y también de los particulares.

---

<sup>48</sup> Lösing, o. cit., p. 444.

5. Los tribunales constitucionales son los intérpretes máximos de la Constitución. La interpretación constitucional de los tribunales constitucionales ha servido para la adecuación de la ley a las circunstancias de cada caso. El Tribunal Constitucional tiene la función, según García-Pelayo, de “interpretar y custodiar la línea divisoria entre el poder constituyente, objetivado en el texto constitucional, y los poderes constituidos”.

6. La importancia de los tribunales constitucionales reside en que son órganos de defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, y de los derechos fundamentales de las personas. Así mismo, son órganos de defensa de la democracia, del sistema de división de poderes y de los principios y valores del Estado constitucional.

7. Los tribunales constitucionales representan el cambio del constitucionalismo liberal por el constitucionalismo democrático y social adoptado en nuestra Constitución de 1991.

8. La necesidad de un órgano independiente con función de control constitucional ha sido percibida desde Kelsen como condición inherente a la supremacía, integridad y obligatoriedad de la Constitución que está establecida en nuestra Constitución en el artículo 4°.

9. El control constitucional —sea el *judicial review* norteamericano, el control constitucional especializado y concentrado europeo o el sistema mixto como el colombiano— ha sido beneficioso para el Estado de Derecho democrático y social.

10. Los tribunales constitucionales, a través del recurso de amparo y otras acciones constitucionales, han sido los principales defensores de los derechos fundamentales de las personas. Por esta razón, Mauro Cappelletti<sup>49</sup> define la justicia constitucional como la jurisdicción de la libertad. Los tribunales constitucionales defienden los derechos fundamentales por medio de la interpretación y defensa de la supremacía de la Constitución incluso frente al legislador. Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal aceptados en los tratados sobre derechos humanos; vinculan en forma directa a todos los poderes; su naturaleza deriva de los valores superiores y de la dignidad de la persona humana; y tienen un efecto expansivo, de modo que todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en función de ellos.

11. La justicia constitucional es un poder de cierre del propio sistema que asegura la supremacía de la Constitución.

12. Los tribunales constitucionales han creado conciencia constitucional en la población, han producido una interpretación constitucional uniforme, han garantizado la protección de los derechos fundamentales de las personas a través del recurso de amparo y de otras acciones constitucionales, han preservado la división de poder

---

<sup>49</sup> Mauro Cappelletti: “El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento político europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 4, 1982.

res, han controlado los poderes públicos y han significado un instrumento importante para la preservación del sistema democrático.

13. Los tribunales constitucionales aplican las normas constitucionales que no se consideran hoy como normas programáticas sino que tienen carácter obligatorio. Es decir, que en la Constitución son normas obligatorias el Preámbulo, los principios y valores constitucionales, así como la totalidad de reglas constitucionales.

14. Por último, los tribunales constitucionales son esenciales para la existencia del Estado social de Derecho. Además, son necesarios e importantes para el cumplimiento de los principios y fines del Estado y como un control de los poderes públicos que es altamente beneficioso para la preservación y el fortalecimiento de la democracia. Por esta razón puede decir Van Der Meersch<sup>50</sup> que “no existe Estado de Derecho sin Tribunal Constitucional”. En el mismo sentido, asevera Pedro José González-Trevijano Sánchez:<sup>51</sup> “La Constitución vive y transpira a través de la justicia constitucional”.

Para terminar, los tribunales constitucionales deben observar la más absoluta imparcialidad; decidir siempre con criterio jurídico pero tomando en cuenta la realidad constitucional, y aceptar la crítica democrática. Nos parece que Francisco Tomás y Valiente<sup>52</sup> acertó al decir lo siguiente:

El Tribunal no debe obsesionarse nunca por el eco de sus resoluciones. Ni ha de buscar el aplauso ni ha de huir de la censura, porque en una sociedad democrática dotada de las libertades que el propio Tribunal ampara, siempre habrá, en cada caso, ante cada sentencia no rutinaria, aplausos y censuras, sea cual sea la intensidad relativa de unos y otras y sean quienes sean en cada ocasión los conformes y los disconformes.

---

<sup>50</sup> Van Der Meersch, o. cit.

<sup>51</sup> González-Trevijano Sánchez, o. cit., p. 45.

<sup>52</sup> Tomás y Valiente, o. cit., p. 19.

**Bibliografía consultada**

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2000.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder*, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro, y William COHEN, *Comparative Constitutional Law*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1979.
- FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994.
- GARCÍA PELAYO, M., *Estado legal y estado constitucional de Derecho*, Lima, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1994.
- *Teoría de la Constitución*, traducción F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982.
- GRANT, James Allan Clifford, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963.
- GONZÁLEZ TREVIANO SÁNCHEZ, Pedro José, *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995.
- LEIBHOLZ, G., *Conceptos fundamentales de la política y teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.
- LÖSING, Norbert, *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, Fundación Konrad Adenauer-Dykinson, Madrid, 2002.
- NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá, 6ª ed., 1995.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La interpretación constitucional*, Librería del Profesional, 2002.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 7ª ed., 2000.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- SABATER, José, *La época constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- TOBO RODRÍGUEZ, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, 1996.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- VERDÚ, Pablo Lucas, *Curso de derecho político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984.