

**EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y SU
INTERVENCIÓN EN LOS JUICIOS
DE CONSTITUCIONALIDAD
CONCENTRADOS EN COLOMBIA:
¿PLANTEAMIENTO DE UN DEBATE?***

**THE OMBUDSMAN AND HIS INTERVENTION
IN THE CONCENTRATED TRIALS OF
CONSTITUTIONALITY IN COLOMBIA:
APPROACH TO A DEBATE?**

*Volmar Pérez Ortiz**
Miguel Polo Rosero****

*Fecha de recepción: 26 de marzo de 2012
Fecha de aceptación: 16 de octubre de 2012*

Para citar este artículo / To cite this article

Pérez Ortiz, Volmar & Polo Rosero, Miguel, *El defensor del pueblo y su intervención en los juicios de constitucionalidad concentrados en Colombia: ¿planteamiento de un debate?*, 125 *Vniversitas*, 257-286 (2012)

SICI: 0041-9060(201212)61:125<257:DPIJCC>2.0.TX;2-S

-
- * El presente artículo forma parte de una iniciativa de investigación sobre derecho procesal constitucional denominada El Defensor del Pueblo en los procesos constitucionales en Colombia, adelantada en la Universidad Nacional Lomas de Zamora de Buenos Aires, Argentina.
- ** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especializado en Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia, en Derecho Internacional Humanitario de las Universidades Javeriana y el Rosario. Estudios en Derechos Humanos en la Comisión de Derechos Humanos de la República de México, estudios sobre El Funcionamiento de los Tribunales Constitucionales de América Latina en el Internacional Development Law Institute, IDILI, Roma Italia. En la Defensoría del Pueblo se ha desempeñado en los cargos de Defensor del Pueblo, Secretario General (e), Director Nacional de Quejas y Defensor Delegado para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- *** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especializado en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario y en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana en Derecho Procesal Constitucional y Constitución Económica en cursos de pregrado y postgrado. Se ha desempeñado como Asesor Legislativo, Abogado Sustanciador de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional y Defensor Delegado para la Dirección del Seguimiento, Evaluación y Monitoreo de las Políticas Públicas para la realización de los Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo.
Correo electrónico: mpolo@javeriana.edu.co

RESUMEN

El presente trabajo realiza una aproximación al control orgánico jurisdiccional de constitucionalidad en Colombia, a partir de las características propias de los dos modelos originarios: el *control difuso* y el *control concentrado*. A continuación describe las principales reglas de procedimiento que existen en los juicios concentrados de constitucionalidad, con el fin de determinar la forma como actualmente participa el defensor del pueblo y proponer un ajuste consistente en el traslado de todas las actuaciones que tengan como objeto la revisión de constitucionalidad de normas relacionadas con los derechos humanos, con el propósito de que este obligatoriamente rinda un concepto sobre las mismas.

Palabras clave autor: Control de constitucionalidad, Corte Constitucional, defensor del pueblo y derechos humanos.

ABSTRACT

The present work carries out an approximation of the organic control of jurisdictional constitutionality in Colombia, from the characteristics of the two models originating in: diffuse control and the concentrated control. It then describes the main rules of procedure that exist in the trials concentrates of constitutionality, with a view to determining the form currently participates as the Ombudsman and propose a consistent adjustment in the transfer of all actions which have as their object the review of constitutionality of laws related to human rights, with the purpose that this necessarily yield a concept on the same.

Keywords author: Control of constitutionality, Constitutional Court, the Ombudsman and human rights.

SUMARIO

I. BREVE APROXIMACIÓN AL CONTROL ORGÁNICO JURIS-
DICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA.- II.
PRINCIPALES REGLAS DE PROCEDIMIENTO EN EL CONTROL
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA.-
III. DE LA INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN
LOS JUICIOS CONCENTRADOS DE CONSTITUCIONALIDAD EN
COLOMBIA: ¿PLANTEAMIENTO DE UN DEBATE?

I. BREVE APROXIMACIÓN AL CONTROL ORGÁNICO JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA¹

El control orgánico jurisdiccional de constitucionalidad en Colombia se caracteriza por su naturaleza mixta, dual o paralela, en la medida en que conserva características propias de los dos modelos originarios: el *control difuso* y el *control concentrado*². Así las cosas, existe el *control concentrado* a cargo de un tribunal especializado, que para el caso concreto de Colombia se fragmenta en dos tribunales supremos: la Corte Constitucional y el Consejo de Estado³. A la primera le corresponde, por regla general, conocer de las materias expresamente asignadas en el artículo 241 del Texto Superior, referentes específicamente a reformas constitucionales (CP, arts. 241.1, 374 y ss.), leyes de cualquier naturaleza (CP, arts. 241.4 y 153), decretos con fuerza de ley (CP, arts. 241.5, 241.7, 214.6 y 215) y otras materias sometidas a control automático o excepcional de constitucionalidad, como ocurre con las objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad (CP arts. 241.8 y 167) y los tratados

- 1 Abreviaturas: CP = Constitución Política de Colombia de 1991; CCA = Código Contencioso Administrativo.
- 2 La doctrina distingue el *control mixto* del *control dual o paralelo* como modelos de control derivados. El primero surge como “consecuencia de la mezcla, fusión o combinación de dos o más modelos originarios, constituyendo un modelo sui generis que, por ende, deviene en distinto de aquellos que le sirvieron de base”. Víctor García Toma, *Teoría del Estado y derecho constitucional*, 550 (Palestra Editores SAC, Lima, 2005); mientras el segundo corresponde a la “aplicación de dos modelos originarios que coexisten en forma independiente o autónoma, manteniendo cada uno de ellos sus propias características. Es decir, en este caso existe una aplicación paralela sin proceso alguno de mezcla o fusión entre los modelos originarios transplantados”. Víctor García Toma, *Teoría del Estado y derecho constitucional*, op. cit., 552. En el caso de Colombia, por una parte, se considera que es aplicable el *control dual*, habida cuenta de que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, independientemente de las competencias de control judicial constitucional de otras autoridades de la Rama Judicial, tienen la potestad exclusiva para declarar la nulidad por inconstitucionalidad o la inexequibilidad de las normas sometidas a su conocimiento (CP arts. 237-2 y 241) y; por la otra, también existe un *control mixto*, por ejemplo, en lo referente a la intervención de la Corte Constitucional como máxima autoridad en los procesos vinculados con la acción de tutela (CP art. 241.9), pues a pesar de que a través del juicio de amparo cualquier juez puede inaplicar una norma contraria a la Constitución, todos los fallos proferidos como consecuencia de esta acción se someten a un proceso de revisión ante el citado tribunal.
- 3 La doctrina ha identificado al *control concentrado* como aquel que le otorga a un órgano especial y especializado, la competencia para conocer de manera exclusiva acerca de la exequibilidad de las normas sometidas a su control. Véase Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad*, 158 (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004). Osvaldo Alfredo Gozaini, *Introducción al derecho procesal constitucional*, 122 (Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006).

internacionales (CP arts. 241.10). Otras normas constitucionales le otorgan competencia específica a la Corte Constitucional, como ocurre con el artículo 10 transitorio.

En la mayoría de los casos la Corte Constitucional realiza el control concentrado de constitucionalidad, previo ejercicio ciudadano de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 241 del Texto Superior. Esta acción le permite a todo ciudadano acudir ante la Corte para que esta, a través de un control abstracto⁴ y en su condición de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución decida, con efectos *erga omnes*, si el contenido material de las disposiciones sometidas a su conocimiento o el procedimiento para su creación se ajustan o no a la Carta Fundamental y a las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad. La acción pública de inconstitucionalidad se remonta a la reforma constitucional de 1910 (Acto Legislativo 3 de 1910), como un importante antecedente histórico en la consolidación de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica⁵. La acción pública de inconstitucionalidad se rige por lo previsto en el Decreto 2067 de 1991 y en el Reglamento Interno de la Corte

-
- 4 Entiéndase por *control abstracto* aquel que le permite al juez constitucional examinar una norma cuestionada, en forma aislada e independiente de la existencia de un caso concreto con efectos particulares. Se trata de una controversia de puro derecho.
- 5 Un estudio reciente sobre el origen histórico de esta reforma demuestra que el debate conceptual de la época se centró en la decadencia del mito del legislador, dada la superación del principio de infalibilidad de la voluntad general. Para tal efecto, se consideró que el Congreso no tenía las condiciones necesarias para ser el garante de la Carta Política y de los derechos de los ciudadanos, entre otras, por las siguientes razones: (i) las experiencias de gobiernos autoritarios y de congresos homogéneos manipulados por el ejecutivo; (ii) la utilización prolongada de los estados de sitio y (iii) el otorgamiento permanente de facultades extraordinarias. Tulio Chinchilla Herrera, *Concepciones sobre el juez constitucional en la reforma de 1910: Una cuestión de confianza*, Revista Elementos de Juicio, Temas Constitucionales, No. 14, pp. 47-62 (José Gregorio Hernández Galindo Publicaciones-Medios EU, Bogotá, 2010). Al respecto, la norma vigente de aquel entonces disponía que: “*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*”. No sobra aclarar que la *jurisdicción constitucional* es distinta a la *justicia constitucional*. La primera hace referencia al estudio del órgano jurisdiccional encargado de velar por la defensa de la integridad y supremacía de la Constitución y de la vigencia efectiva de los derechos humanos; mientras que, la segunda, comprende el análisis del conjunto de acciones, procesos y procedimientos especiales de defensa que aseguran la integridad del orden jurídico constitucional y de los derechos allí previstos. Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Introducción al derecho procesal constitucional*, op. cit., 71-75.

Constitucional⁶. Entre las normas susceptibles de control por vía del ejercicio de esta acción, en principio, se encuentran: (i) los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de forma (CP art. 241.1); (ii) las leyes que no estén sometidas a un procedimiento específico de control (CP art. 241.4); (iii) los decretos-leyes proferidos en virtud de facultades extraordinarias (CP art. 241.5); (iv) el decreto que pone en funcionamiento el Plan Nacional de Inversiones Públicas (CP art. 241.5); y (v) algunos decretos expedidos con fundamento en los artículos transitorios de la Constitución (CP arts. 5, 6, 8, 10, 23, 27 y 39 transitorios)⁷.

Por otra parte, en desarrollo del modelo de *control concentrado*, al Consejo de Estado le corresponde el examen de constitucionalidad de las normas susceptibles de revisión a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad (CP art. 237.2), la cual deviene de la reforma constitucional de 1945. La citada acción se encuentra actualmente prevista en el artículo 43 de la Ley 270 de 1996⁸ y en el artículo 97.7 del Código Contencioso Administrativo⁹. Esta acción es procedente frente a los (i) decretos de carácter general dictados por el Gobierno nacional, (ii) que no correspondan en su control a la Corte Constitucional, (iii) cuya oposición frente al Texto Superior sea directa y (iv) que no obedezcan a una función propiamente administrativa. Este último requisito ha sido objeto de varios pronunciamientos jurisprudenciales, en el sentido de excluir del control a través de esta acción a los decretos generales que desarrollan la principal función administrativa, esto es, la función reglamentaria (CP art. 189.11), pues se considera que en dicha hipótesis no opera realmente un examen de constitucionalidad sino

6 Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/Normatividad.php>

7 Sobre la materia se puede consultar: Sergio Reyes Blanco, *El control de constitucionalidad, su evolución en España y Colombia* (Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2004).

8 La norma en cita dispone que: “La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política. El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

9 Sobre el alcance de esta acción, la Corte Constitucional ha señalado que: “(...) la jurisprudencia de esta Corte siempre ha afirmado que en materia de control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional tiene la más amplia competencia y que el Consejo de Estado, por vía residual, conoce de todos aquellos actos que no están atribuidos a la Corte. // Entonces conforme a la Constitución es claro que todo acto del Presidente de la República ha de estar sometido al control constitucional bien sea de esta Corporación o del Consejo de Estado”. Sentencias C-560 de 1999 y C-1290 de 2001.

un juicio de legalidad. Precisamente, el Consejo de Estado, en un fallo de 1996, sostuvo que:

La distribución de competencias para el control de constitucionalidad de los decretos del Gobierno nacional entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, contenida en las normas transcritas, evidencia que la Constitución y la ley Estatutaria mantienen inalterable la naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el objeto de la misma. Por lo tanto, si la jurisdicción de lo contencioso administrativo, “conforme a las reglas que señale la ley” (art. 82 Decreto 01 de 1984 o CCA), está instituida por la Constitución con el objeto de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas que desempeñen funciones administrativas, de ello dimana que la atribución que la Constitución otorga al Consejo de Estado para “desempeñar las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo” en punto a decretos de Gobierno Nacional, está referida a aquellos dictados en ejercicio de la Función Administrativa, vale decir, a los que desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, o condicionan la aplicación de una situación general preexistente a una persona determinada. El control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa, se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del CCA, por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. En ese orden de ideas, y por exclusión, las “acciones de nulidad” atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquéllas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa de la Constitución Política. En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁰. (negritas y resaltado por fuera del texto original)

Recientemente se expidió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) que modifica el alcance de la citada acción, no solo en el sentido de consagrar un nuevo proceso especial para su trámite y definición a cargo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Con-

10 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 23 de julio de 1996, radicación S-612. Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Este mismo criterio jurisprudencial se puede consultar en las siguientes sentencias: (i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de junio de 1998, radicación 11120. Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández; (ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 15 de enero del 2003, radicación 6414A. Consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

sejo de Estado, sino también en lo referente a las normas objeto de control. Este código entró en vigencia el 2 de julio del 2012.

En cuanto al alcance de la acción se establecieron algunas novedades. En primer lugar, se eliminó la restricción de su procedencia frente a decretos que obedecen a una función propiamente administrativa (decretos reglamentarios), manteniendo el resto de los requisitos anteriormente reseñados (con especial énfasis en la *infracción directa de la Constitución*) y, en segundo término, se amplió el marco de las disposiciones susceptibles de control, incluyendo “*a los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno nacional*”¹¹.

La distribución de competencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado no ha sido un asunto pacífico. En algunas ocasiones, la definición se ha realizado a través de sus propias sentencias y, en otras, se ha acudido al auxilio del Consejo Superior de la Judicatura¹².

En un primer momento la Corte Constitucional se pronunció sobre la distribución de competencias entre ambos tribunales en el Auto 001A de 1993. En dicha ocasión, se señaló que, en cuanto al control concentrado de constitucionalidad, la asignación de competencias se somete a un criterio formal, si se tiene en cuenta que el artículo 241 de la Constitución Política le confía a la Corte Constitucional “*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo*”¹³. De ahí que, en principio, la competencia de dicha corporación se entendía sometida exclusivamente a los asuntos que de forma expresa se señalan en la norma constitucional previamente mencionada.

Ahora bien, en el mismo auto se reconoció que algunas de las disposiciones transitorias de la Constitución Política también le asignan competencia a la Corte Constitucional frente a normas dictadas por el Presidente de la República en ejercicio de facultades conferidas directamente por la Asamblea Nacional Constituyente. Así ocurre con el artículo 10 transitorio, el cual dispone que: “*Los*

11 Ley 1437 del 2001, artículo 135.

12 El artículo 256.6 de la Constitución establece que: “*Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: (...) 6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones*”.

13 Las negrillas no corresponden al texto original.

decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional”.

Esta norma ha sido objeto de un examen riguroso por la Corte Constitucional, cuyo origen igualmente subyace en el Auto 001A de 1993, en el sentido de considerar que las disposiciones transitorias sometidas a control del citado tribunal no se limitan a los decretos expedidos en desarrollo de lo previsto en los artículos 1 a 9 transitorios, sino que incluyen, además, aquellos que guardan relación directa de conexidad con los mandatos allí previstos. Desde esta perspectiva, por ejemplo, se ha reconocido que el control a cargo de la Corte se extiende a las normas que se hayan expedido en virtud de lo dispuesto en los artículos 23, 27 y 39 transitorios¹⁴. En consecuencia, en un primer momento, como regla general, se consideró que la competencia de la Corte Constitucional se restringía a aquellas normas que habían sido expedidas como consecuencia de las disposiciones que desarrollan los artículos 1 a 9 transitorios (con la salvedad previamente expuesta) junto con las materias previstas en el artículo 241 del Texto Superior¹⁵.

No sobra recordar que en el Auto 001A de 1993, la Corte se declaró incompetente para pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto 2171 de 1992 proferido por el Gobierno nacional, con base en las facultades conferidas en el artículo 20 transitorio, relativas a la promulgación de normas para la supresión, fusión o reestructuración de las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de lograr su plena concordancia con las disposiciones de la Constitución Política de 1991. En términos generales la Corte señaló:

14 El artículo 23 transitorio, por cuanto habilita al Presidente de la República para expedir mediante decreto el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional, en armonía con el procedimiento de expedición consagrado en el artículo 6 transitorio (comisión especial para improbar). El artículo 27 transitorio, que igualmente permite al Presidente de la República expedir los decretos extraordinarios para organizar la Fiscalía General de la Nación, en concordancia con el literal a) del mismo artículo 5 transitorio. Finalmente, el artículo 39 transitorio, que también otorga facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir decretos sobre la organización y funcionamiento de los nuevos departamentos, previo cumplimiento del requisito a cargo de la comisión especial para improbar prevista en el artículo 6 transitorio.

15 Como ejemplos se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-003 de 1993, C-105 de 1993, C-113 de 1993, C-131 de 1993 y C-358 de 1994.

- a) *La Constitución fijó la competencia de la Corte Constitucional, para conocer de las disposiciones dictadas por el Presidente de la República en virtud de las facultades conferidas por normas transitorias, de una manera expresa;*
- b) *No existen razones valederas para afirmar que a la Corte Constitucional compete conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra las disposiciones fundadas en el artículo transitorio 20, las cuales se originan en una competencia atribuida, de manera directa y transitoria, al Gobierno Nacional, por el Constituyente;*
- c) *La incompetencia de la Corte Constitucional, origina, al contrario, la competencia del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 237, numeral 2.*

En todo caso, en el Auto 001A de 1993, como *obiter dicta*, se señaló que la enumeración propuesta de las normas sometidas a control de la Corte Constitucional no es taxativa, pues no es jurídicamente posible “*descartar la posibilidad de que otras normas estén sometidas al control constitucional de la Corte, en virtud de normas transitorias. Como es el caso de los decretos con fuerza de ley contemplados en el artículo transitorio 39 (...)*”, por lo que a los criterios previamente señalados “*había que agregar que el Constituyente en el artículo transitorio 20 no definió la naturaleza de los actos por medio de los cuales el Gobierno nacional habría de cumplir la orden que le impartía; como **tampoco les atribuyó fuerza de ley***”. Obsérvese cómo, sin ser el fundamento principal de la decisión, se aludió a un criterio material, relacionado con la fuerza de ley de la disposición objeto de control, como criterio para distinguir el régimen de atribución de competencias¹⁶.

Precisamente, en el Auto 006 de 1994, se invocó un conflicto de competencias por la Corte Constitucional ante la solicitud del

16 La misma línea argumentativa se encuentra en la Sentencia C-358 de 1994, en la cual la Corte Constitucional se declaró inhibida para proferir una decisión de fondo respecto del artículo 7 del Decreto 2123 de 1992, expedido igualmente con fundamento en la potestad prevista en el artículo 20 transitorio de la Carta Política. Al respecto, expresamente se dispuso que: “*Así las cosas, puesto que, en el campo de la normatividad temporal, los decretos expedidos por el Presidente de la República con invocación del artículo transitorio 20 de la Carta —uno de los cuales es el aquí demandado— no fueron confiados expresamente a la decisión de esta Corte sobre su constitucionalidad, como sí aconteció con los previstos en los artículos transitorios 5, 6, 8, 23 y 39 —los cuales quedaron cobijados de modo que no deja lugar a dudas por el artículo transitorio 10 y por el 6°, literal a), según análisis que ha hecho esta Corte, Sala Plena, en Sentencia N° C-105 del 11 de marzo de 1993—, y dado que, por otra parte, los decretos que expida el Presidente en desarrollo del indicado deber no necesariamente son actos dotados de fuerza material legislativa, no se encuentra motivo para que la Corporación entre a fallar de fondo sobre la demanda incoada*”.

Consejo de Estado, consistente en el envío de varios expedientes referentes a demandas ciudadanas contra el Decreto 1421 de 1993 (Estatuto Orgánico de Bogotá), decreto con fuerza de ley expedido por el Gobierno nacional, en desarrollo de lo previsto en el artículo 41 transitorio de la Constitución Política. En esta ocasión, para la distribución de competencias, la Corte invocó el criterio material como complemento del criterio formal, al entender que:

(...) como quiera que a la Corte Constitucional se le ha confiado el conocimiento de los decretos leyes (241.5) y de los decretos legislativos (CP art. 241.7) —únicos decretos expedidos por el Presidente que se equiparan en jerarquía y eficacia a la ley— puede inferirse que la distribución de competencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se basa en un criterio que sólo toma en cuenta la naturaleza de la fuente de la respectiva norma, de suerte que a las leyes y a los decretos que formal y materialmente tengan fuerza de ley se extiende la jurisdicción constitucional.

Respecto de los decretos con fuerza de ley, la competencia del Consejo de Estado no es residual, pues carece integralmente de ella. Los únicos decretos que tienen fuerza de ley, por mandato expreso de la Carta (CP art. 241.5 y 7), configuran el predicado constitucional de la competencia de la Corte Constitucional.

Después de la Constitución —como norma—, la ley le sigue en importancia jerárquica y poder de disposición e innovación dentro del ordenamiento. Pese a que el sistema de fuentes no se agota en la ley y que otras normas pueden en algunas materias asumir directamente el primado regulativo, lo cierto es que la dinámica del ordenamiento, teniendo como marco la Constitución, en buena parte gira alrededor suyo y se expande gracias a sus impulsos. De ahí que el control de constitucionalidad de la ley resulte esencial para mantener la integridad y supremacía de la Constitución. Asegurado dicho control en cabeza de la Corte Constitucional, se puede considerar que la ley y el ordenamiento que de ella se deriva, se ajustarán a sus preceptos, pues en caso contrario aquélla prevendrá que el legislador no invada el espacio del Constituyente ni conspire contra su obra.

En este orden de ideas, no tendría sentido que el juez de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley no fuera el mismo juez de constitucionalidad de las leyes, máxime si los primeros ocupan la misma posición jerárquica en el ordenamiento y despliegan una eficacia semejante a la de éstas últimas. El principio de efectividad de las funciones del Estado -tanto puede poner en peligro la Constitución el Legislador ordinario como el extraordinario- informa el criterio de adscribir formalmente a la Corte Constitucional como órgano especializado el control de las leyes y de los decretos con fuerza de ley.

A lo anterior se agregó el siguiente argumento expuesto desde la Sentencia C-003 de 1993:

(...) fue voluntad expresa y clara del constituyente asegurar el control de constitucionalidad de las facultades conferidas al Presidente de la República en los artículos transitorios de la Carta, según se desprende de la lectura del artículo 10 transitorio de la Carta, que dice: “Los decretos que expida el gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional”. Lo que sucedió, empero, es que dicho artículo fue ubicado con el número 10 dentro de los 59 artículos transitorio que tiene la Carta, por decisión del compilador final de las normas pero no por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, y su numeración concreta no fue sometida a votación conforme al reglamento de dicha Corporación. A este respecto la Corte Constitucional ya se ha pronunciado acerca del valor meramente indicativo pero no vinculante de los argumentos “sede materiae” –por la ubicación– y “a rúbrica” –por su título–¹⁷. Por tanto el artículo 10 transitorio perfectamente pudo haber tenido el número 1 o el 59 transitorio, por decisión unilateral y no vinculante del compilador, de suerte que cuando él afirma que están sometidos a control los “decretos que expida el gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos”, debe entenderse, en forma razonable, que se está haciendo alusión a todos los artículos transitorios, desde el primero hasta el último, y no solamente a los arbitrariamente ubicados antes del décimo. Además la materia que nos ocupa, bien que por excepción transitoria su competencia fue atribuida a órganos diferentes al Congreso de la República, es un tema que ordinariamente le corresponde al Legislativo, de conformidad con el artículo 150 de la Carta, y su eventual reforma futura deberá hacerse por ley. El Decreto 2067 de 1991, en efecto, desarrolla las facultades de naturaleza legislativa que consagra el artículo 23 transitorio de la Carta precitado, y no las facultades administrativas de que trata el artículo 5 transitorio en su literal “c”. En este sentido, la Corte Constitucional estima que todas aquellas materias que sean de naturaleza legislativa y que excepcionalmente sean asignadas por la Carta a un órgano diferente del Congreso de la República, son de su competencia para efectos de ejercer el control de constitucionalidad. Y, a contrario sensu, las normas expedidas por el Gobierno Nacional que sean de naturaleza administrativa, entran en la cláusula general de competencia de orden residual que en este sentido tiene el Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 237 numeral segundo de la Constitución, que dice: “Son atribuciones del Consejo de Estado: (...) 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

En fallo del 13 de octubre de 1994, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, resolvió el conflicto de competencia existente, asignando el control de constitucionalidad

17 Sentencia T-002 de 1992.

del Decreto 1421 de 1993 al Consejo de Estado. Para tal efecto, indicó que:

(...) leyendo detenidamente el artículo 241 de la Carta, se observa que sólo sus numerales 5 y 7 se refieren a decretos con fuerza de ley o a decretos legislativos, y que dichos numerales se contraen a conceder a la Corte Constitucional la vigilancia sobre la constitucionalidad de los decretos que el Gobierno dicte con fundamento en los artículos 150 numeral 10; 341; 212; 213; y 215 de la Norma Superior; expresiones que sin lugar a dudas conceden un control restringido y muy determinado en esta materia, toda vez que en estas normas no se agota la posibilidad del Gobierno de expedir decretos-ley. (...) Por lo demás, el artículo 10 transitorio de la Constitución Nacional dispuso que “los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los artículos anteriores tendrá fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional”; pero como la norma acusada, Decreto 1421 de 1993, fue dictado por el Presidente de la República en uso de las atribuciones que le confirió el artículo 41 transitorio de la Carta, resulta obvio que el tratamiento de control constitucional establecido en el artículo 10 mencionado no la cubre en vista de que es una norma muy posterior la que autoriza al Presidente de la República para expedirla. Con base en los planteamientos expuestos, a esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no le cabe la menor duda de que la competencia para conocer de las demandas señaladas que cursan contra el Decreto 1421 de 1993, en todo o en parte, por una supuesta inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado, en virtud de la competencia residual consagrada en el artículo 237 numeral 2o. de la Carta a favor de esta Corporación, habida cuenta de que la disposición atacada se profirió con apoyo en el artículo 41 transitorio del Texto Superior, que se encuentra por fuera de la comprensión que abarcan los numerales 5 y 7 de su artículo 241, que señala específicamente el ámbito de conocimiento de la Corte Constitucional en esta materia.

De acuerdo con las consideraciones expuestas por el Consejo Superior de la Judicatura, el conflicto de competencia fue dirimido exclusivamente con base en el criterio formal, sin que se mencionaran razones que dieran cuenta de las objeciones formuladas por la Corte Constitucional con sujeción al criterio material, descrito en la Sentencia C-003 de 1993 y en el Auto 006 de 1994.

Pese a esta decisión, la Corte Constitucional ha insistido en la existencia de un criterio material para la distribución de competencias. Las sentencias recientes más relevantes sobre el tema son las siguientes:

1. En la Sentencia C-534 de 2000, se declararon exequibles algunas expresiones del artículo 32 del Decreto 2067 de 1991. Al

momento de justificar la competencia de la Corte para pronunciarse de fondo, se reiteró que: (i) todas las materias que son de naturaleza legislativa y que excepcionalmente han sido asignadas por la Carta a un órgano diferente del Congreso de la República —como sucede con los decretos legislativos—, son objeto del control de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional, a diferencia de lo que ocurre con las normas de naturaleza administrativa expedidas por el Gobierno nacional en ejercicio de sus funciones ordinarias, las cuales “*entran en la cláusula de competencia de orden residual que en este sentido tiene el Consejo de Estado*”, según lo establece el artículo 237.2 de la Carta Política; (ii) cuando el artículo 10 transitorio de la Constitución reconoce a la Corte la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de los decretos que expida el gobierno en ejercicio de las “*facultades [extraordinarias] otorgadas en los anteriores artículos*”, se debe entender que hace referencia a todos los artículos transitorios. Ello por cuanto el orden de los mismos fue decidido por el compilador final y no por la Asamblea Nacional Constituyente. Por lo tanto, su numeración concreta y su ubicación dentro del título de las disposiciones transitorias tienen un valor meramente indicativo, no vinculante, puesto que no fueron sometidas a votación.

2. En la Sentencia C-155 de 2005 la Corte se inhibió de adoptar un fallo de fondo frente a una norma expedida con base en las facultades conferidas al Consejo Nacional Electoral por el párrafo transitorio del artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2003. En esta ocasión la Corte reconoció su competencia para conocer de la demanda de inconstitucionalidad propuesta, habida cuenta de que el contenido material de la norma objetada era propio de las leyes estatutarias. Expresamente se dijo que:

(...) subraya la Corte que la Constitución atribuyó a la Corte Constitucional la competencia para conocer de las normas estatutarias, tanto por su rango y materialidad legal como por su contenido específico (artículos 152, 153 y 241.8 de la CP). Es esta una competencia esencial para garantizar la efectividad del principio de supremacía e integridad de la Constitución. // Al Consejo de Estado (artículo 237.1 y 2 de la CP) la Carta le atribuye competencia para pronunciarse sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad contra actos -generalmente administrativos- cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional. Al respecto, cabe reiterar que una norma cuyo contenido material es propio de la ley estatutaria, debe ser revisada por la Corte Constitu-

*cional, como lo ha hecho, de manera efectiva, tanto con las normas estatutarias contenidas en actos del Congreso, es decir con los proyectos de ley estatutaria, como en normas con materialidad estatutaria contenidas en actos del gobierno expedidos en virtud de excepcionales atribuciones conferidas en disposiciones constitucionales transitorias, como sucedió en la sentencia C-972 de 2004*¹⁸.

3. En la Sentencia C-1191 de 2008, al pronunciarse sobre una nueva demanda contra el Decreto 1421 de 1993 que había originado el conflicto de competencia resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en 1994, la Corte Constitucional se inhibió de proferir un fallo de fondo por falta de competencia, al igual que ocurrió con las sentencias C-508 de 1994, C-107 de 1995 y C-1438 de 2000. Sin embargo, en la parte motiva de la providencia señaló que todos los precedentes existentes en la materia fijan una regla clara e inequívoca de competencia, conforme a la cual no existe solamente el criterio formal para determinar el alcance de las atribuciones de la Corte Constitucional sino igualmente un criterio material, de acuerdo con el cual todo asunto que tenga fuerza de ley, así no esté asignado expresamente a su conocimiento, es de competencia de la citada corporación¹⁹.

Varias consideraciones quedan del recuento realizado:

1. La Corte Constitucional considera que su competencia no se limita a los asuntos expresamente señalados en el artículo 241 de la Constitución Política, sino que incluye todas las materias que sean de naturaleza legislativa y que excepcionalmente hayan sido asignadas por la Carta a un órgano diferente del Congreso

18 El decreto sometido a control en la Sentencia C-972 del 2004 (Decreto 2207 del 2003), se expidió con fundamento en el Acto Legislativo 01 del 2003 y no en el otorgamiento de facultades extraordinarias por parte del legislador. A pesar de ello se invocó como soporte para justificar la competencia de la Corte Constitucional el numeral 5 del artículo 241 del Texto Superior. Este decreto fue declarado inexecutable en la Sentencia C-523 del 2005, pues el mismo no surtió el control previo que ordenan las normas constitucionales relativas a la entrada en vigencia de las leyes estatutarias.

19 En cuanto al alcance de la competencia de la Corte Constitucional frente a normas transitorias de la Constitución, se dispuso que: “*respecto a la competencia (...) resultan aplicables dos criterios definidos. El primero, de carácter formal, que se basa en considerar que hacen parte de la competencia de la Corte Constitucional aquellos decretos que (i) versen sobre las materias definidas por el artículo 5º transitorio CP; o sin hacer parte de ese listado taxativo, (ii) son de aquellos preceptos que fueron previamente aprobados por la Comisión Legislativa de que trata el artículo 6º transitorio CP. El segundo, de naturaleza material, de acuerdo con el cual deben someterse al control de constitucionalidad por parte de la Corte aquellas normas que (i) son expedidas por el Gobierno nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorga los artículos transitorios de la Carta Política; y (ii) regulan tópicos que constituyen reserva material de ley.*”

de la República, por lo que únicamente las normas de naturaleza administrativa expedidas por el Gobierno nacional en ejercicio de sus funciones ordinarias se someten al conocimiento del Consejo de Estado, en virtud de la cláusula de competencia prevista en el artículo 237.2 del Texto Superior. Para la Corte no tendría sentido que el juez de constitucionalidad de las leyes no fuese el mismo juez de constitucionalidad de disposiciones de igual rigor normativo, si se tiene en cuenta que se trata de normas que ocupan la misma posición jerárquica en el ordenamiento y despliegan una eficacia jurídica semejante. En caso de que las materias objeto de control tengan naturaleza estatutaria, frente a ellas es necesario agotar su revisión previa y automática al amparo de lo previsto en el artículo 153 de la Constitución²⁰.

2. En cuanto a los artículos transitorios de la Constitución, la Corte Constitucional sostiene que su competencia no se limita únicamente a los decretos expedidos con fundamento en los artículos 1 a 10 transitorios²¹, sino que envuelve, además, todos aquellos que tienen relación directa de conexidad con los mandatos allí previstos, incluyendo aquellos que tienen fuerza de ley, en virtud del criterio material de distribución de competencias. Para la Corte, este criterio se fundamenta en que el orden de los artículos transitorios fue decidido por el compilador final y no por la Asamblea Nacional Constituyente. Por lo tanto, como ya se dijo, su numeración concreta y su ubicación dentro del título de las disposiciones transitorias tienen un valor meramente indicativo, no vinculante, puesto que no fueron sometidas a votación. Frente a lo anterior deben excluirse los decretos expedidos con fundamento en los artículos 20 y 41 transitorios, los cuales han sido, directa o indirectamente, sometidos a revisión del Consejo de Estado²².

20 En algunas ocasiones se ha insistido en que este control es previo (Sentencia C-523 de 2005) y en otras se ha omitido dicha consideración (Sentencia C-1081 de 2005). La diferencia radica en que se incurriría en un vicio de procedimiento, si se llegase a sancionar y promulgar una norma, sin agotar el control preventivo de constitucionalidad.

21 No sobra recordar que el artículo 10 transitorio dispone que: “*los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional*”.

22 Corte Constitucional, Auto 001A de 1993, Sentencia C-560 de 1999 y Sentencia C-1191 de 2008. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 18 de enero de 2000, radicación AI-038. Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 3 de junio de 2008, radicación AI 00282. Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón; Consejo de Estado, Sala

En consecuencia estas consideraciones suponen un reconocimiento de los criterios formal y material como instrumentos válidos para asignar las materias objeto de revisión entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

A la par del control que se reconoce a cargo de los citados tribunales, la Constitución establece que los gobernadores de los departamentos pueden objetar por motivos de inconstitucionalidad, los proyectos de ordenanza sometidos a su sanción (CP art. 305.9), al igual que les otorga la atribución de “*revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al tribunal competente para que decida sobre su validez*” (CP art. 305.10). A diferencia de las objeciones, este último control tiene un carácter posterior, puesto que el gobernador conoce del acto cuando este ya se ha perfeccionado. Por otra parte, el artículo 315.6 de la Constitución Política les otorga a los alcaldes de los municipios y distritos la potestad de objetar los proyectos conforme considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico. Tanto las objeciones como la revisión de actos por motivos de inconstitucionalidad se encuentran sometidas al conocimiento de los tribunales administrativos que tengan competencia en el respectivo territorio²³.

Como se expuso al inicio del presente acápite, en Colombia igualmente se conservan características propias del *control difuso* de constitucionalidad²⁴. En términos generales se podría señalar que el mismo se presenta, por una parte, como expresión del ejercicio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad y, por otra, por el conocimiento que en cada caso concreto los distintos jueces y corporaciones judiciales tienen de otras acciones constitucionales (acciones de tutela, cumplimiento, popular, etc.)²⁵.

de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 7 de diciembre de 1993, radicación 2335. Consejero Ponente: Libardo Rodríguez.

- 23 Sobre la materia se pueden consultar los artículos 80 y 82 de la Ley 136 1994 y los artículos 119, 120 y 121 del Decreto 1333 de 1986. La Ley 1437 de 2011, nuevo CCA, reitera esta competencia de los tribunales administrativos en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 151.
- 24 El denominado *control difuso* se caracteriza por la posibilidad de que diferentes autoridades judiciales se encuentren facultadas, por igual, para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución y con efectos solo para las partes que hayan intervenido en la controversia.
- 25 Edgar Andrés Quiroga Natale, *El control constitucional en Colombia: estructura y técnicas de aplicación*, en *Derecho Procesal Constitucional, Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*, 223 (VC Editores Ltda., Bogotá, 2010).

En cuanto a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, se puede definir como el medio de defensa constitucional para salvaguardar la supremacía de la Constitución Política. En términos generales, esta figura permite a cualquier autoridad pública, incluidas las judiciales, inaplicar una norma jurídica que sea incompatible con la Constitución, únicamente en casos concretos y con efectos *inter partes*. El origen de la excepción se remonta al Acto Legislativo 3 de 1910 y su regulación actual se encuentra en el artículo 4 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual: “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”. La procedencia efectiva de la excepción ha sido delimitada por la Corte en los siguientes términos: “*Si bien es cierto cabe la excepción de inconstitucionalidad en todo caso de manifiesta contradicción entre las disposiciones constitucionales y las leyes u otras normas, con el fin de obtener la efectiva prevalencia de la Carta Política mediante su aplicación preferente (CP art. 4), ello tan sólo es posible cuando surge una oposición evidente, esto es, una verdadera e insoslayable incompatibilidad entre dos mandatos, uno de los cuales —el inferior— tiene que ceder ante el precepto constitucional*”²⁶. Como se observa, esta modalidad de control es resultado de la influencia del control difuso norteamericano, realizado por el juez Marshall en la célebre decisión *Marbury v. Madison* (1803), mediante la cual se decidió inaplicar una ley federal contraria a la Constitución federal.

Por otra parte, los jueces que conocen de las distintas acciones constitucionales, como ocurre con la acción de tutela, pueden de forma excepcional y con relación a cada caso concreto, inaplicar normas contrarias a los derechos constitucionales o a otros mandatos previstos en la Constitución, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad. Precisamente, al pronunciarse sobre la acción de tutela, la Corte dijo que:

(...) la acción de tutela no es el procedimiento idóneo para determinar la constitucionalidad o no de normas, pues para ello, el propio ordenamiento constitucional consagró la acción pública de inconstitucionalidad, que permite, una vez se agote el proceso correspondiente, una sentencia con efectos erga omnes. No

26 Sentencia T-063 de 1995.

*obstante lo anterior, el juez de tutela puede, si encuentra que la aplicación de una norma desconoce derechos de rango fundamental, analizar la posibilidad de inaplicar la norma que se cree contraria a los derechos y garantías constitucionales, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad*²⁷.

Finalmente, el control orgánico jurisdiccional de constitucionalidad en Colombia no solo se ejerce por la jurisdicción constitucional. En efecto, la jurisdicción contencioso-administrativa también tiene precisas atribuciones encaminadas a ejercer dicho control sobre los actos administrativos. Este control, que se denomina de legalidad, es ejercido primordialmente por el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, según lo dispuesto en el artículo 237.1 de la Constitución Política.

El instrumento procesal que se utiliza en este caso, por lo general, es la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del CCA. Se trata de una acción pública encaminada a proteger la jerarquía del ordenamiento jurídico. Según lo dispone el artículo en mención, toda persona, directamente o a través de representante, puede solicitar la nulidad de los actos administrativos por infringir “*las normas en que deberían fundarse*”, entre ellas la Constitución. Cuando la persona se crea lesionada en un derecho subjetivo, además de pedir la nulidad del acto administrativo, igualmente puede solicitar que se le restablezca su derecho. En este caso, la acción se denominará de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos previstos en el artículo 85 del CCA. Entre los actos sometidos a esta modalidad de control se encuentran los decretos reglamentarios (CP art. 189.11), las circulares, instrucciones, resoluciones y demás actos que se expidan por las autoridades públicas²⁸.

Dada la existencia de distintos modelos de control orgánico jurisdiccional de constitucionalidad en Colombia, la Corte Constitucional ha dicho que nuestro sistema podría denominarse de *control difuso funcional*, por cuanto ni aun el control concentrado es ejercido por un solo órgano judicial del Estado, sino por varios de ellos, como previamente se demostró. Al respecto, en la Sentencia

27 Sentencia T-318 de 1997.

28 Álvaro Andrés Motta Navas, *La defensa de la Constitución y el control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano (aproximación general a una visión integral)*, Revista Derecho y Jurisprudencia, No. 1, 457-458 (Facultad de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2004).

C-1154 de 2008, retomando lo expuesto en la Sentencia C-037 de 1996, se dijo que:

Como bien es sabido, el control de constitucionalidad en Colombia se vio reforzado con la creación de la Corte Constitucional. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que nuestro país ha adoptado el llamado ‘control concentrado’ o austriaco, pues en realidad éste sigue siendo de carácter difuso funcional. Lo anterior, habida cuenta de que además de los pronunciamientos que realice esta Corporación, al Consejo de Estado se le ha atribuido, dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional (art. 237-1). Como si lo anterior no fuese suficiente, el artículo 4o superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política. Tampoco puede olvidarse que dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver de un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional.

Con fundamento en lo anterior, se procederá a describir las principales reglas de procedimiento que existen en los juicios concentrados de constitucionalidad en Colombia, con el fin de determinar la forma como actualmente participa el defensor del pueblo y proponer un ajuste a dicha intervención.

II. PRINCIPALES REGLAS DE PROCEDIMIENTO EN EL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

En este acápite se resaltarán las principales disposiciones que rigen el procedimiento que adelanta la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, cuando conocen de asuntos relacionados con el control concentrado y abstracto de constitucionalidad.

Con relación a la Corte Constitucional, es preciso señalar que el marco normativo que rige la forma como se adelantan sus juicios se encuentra previsto en el Decreto 2067 de 1991 y en el reglamento interno de dicha corporación (Acuerdo 05 de 1992). Las materias que se someten a su conocimiento llegan básicamente por vía de la acción pública de inconstitucionalidad, y de otras modalidades

de control previstas en la Carta Fundamental, como ocurre con el control previo o posterior de constitucionalidad. Así, por ejemplo, cuando se trata del examen de una ley estatutaria, el artículo 39 del Decreto 2067 de 1991 dispone que: *“El Presidente del Congreso enviará a la Corte constitucional copia auténtica de los proyectos de leyes estatutarias inmediatamente después de haber sido aprobados en segundo debate. Si faltare a dicho deber, el Presidente de la Corte solicitará copia auténtica del mismo a la Secretaría de la Cámara donde se hubiere surtido el segundo debate”*.

Por regla general, el examen de constitucionalidad de la mayoría de las normas sometidas a control de la Corte Constitucional se somete al procedimiento ordinario, con excepción de las objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad y los decretos legislativos expedidos en estados de excepción, frente a los cuales existen reglas especiales de procedimiento previstas en los artículos 28 a 32 del Decreto 2067 de 1991.

El procedimiento ordinario se somete al cumplimiento de los siguientes trámites:

En primer lugar, los asuntos de constitucionalidad se reparten para su sustanciación entre los nueve magistrados que integran la Corte Constitucional (CP art. 239). Con posterioridad, si se trata de una demanda ciudadana se lleva a cabo *el control de admisibilidad* (admisión, inadmisión y rechazo) para lo cual se prevé un término de diez días; en caso contrario, se asume su conocimiento de acuerdo a la modalidad específica de control a realizar (control previo o posterior).

Una vez se haya admitido la demanda o se haya asumido el conocimiento de un asunto específico, el magistrado sustanciador ordenará fijar en lista las normas objeto de revisión por el término diez días, con el propósito de que cualquier ciudadano las impugne o las defienda. Dicho término correrá simultáneamente con el traslado de treinta días que se hace al Procurador General de la Nación, para que este rinda el concepto de rigor, en los términos previstos en el numeral 2 del artículo 242 de la Constitución Política²⁹.

29 La norma en cita dispone que: *“Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: (...) 2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos”*.

Adicionalmente, el magistrado sustanciador deberá informar *“al Presidente de la República o al Presidente del Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constitucionalidad de normas dictadas por ellos”*³⁰, para que, si lo estiman oportuno, presenten por escrito dentro de los diez días siguientes las razones que justifican la constitucionalidad de las normas sometidas a control³¹. Como expresión del principio de participación democrática, se permite al magistrado sustanciador invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema, con el fin de que presenten escritos que sirvan para el análisis de los puntos relevantes objeto de revisión (Decreto 2067 de 1991, artículo 13).

Una vez vencido el término para que el Procurador rinda su concepto, se inicia el cómputo de treinta días para que el magistrado sustanciador presente el proyecto de sentencia, luego de los cuales la Corte Constitucional dispone de sesenta días para adoptar su decisión.

Como se trata por lo general de un debate de puro derecho no se requiere de un periodo de pruebas; en caso de ser necesario, se prevé un término de diez días con anterioridad al traslado que se realiza al Procurador General de la Nación y a la fijación en lista de las normas objeto de revisión.

Una vez proferida y notificada la sentencia, el fallo hace tránsito a cosa juzgada constitucional, conforme se dispone en el artículo 243 de la Constitución Política.

En cuanto al Consejo de Estado, el examen de constitucionalidad que se realiza de las normas sometidas a control a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad se somete al procedimiento ordinario de lo contencioso administrativo, previsto en los artículos 206 y subsiguientes del Código Contencioso Administrativo. Como reglas especiales se prevé que los asuntos serán sustanciados por un consejero ponente, según la materia de que se trate, priorizando la especialidad de cada una de las secciones de este tribunal. En caso de necesitar pruebas se tendrá un periodo máximo de diez días para su práctica, el ponente tiene quince días para registrar el proyecto de sentencia, vencidos los cuales la Sala Plena debe adoptar el fallo

30 Constitución Política, artículo 244.

31 Decreto 2067 de 1991, artículo 11.

dentro de los veinte días siguientes. En esta acción solo es viable el recurso de reposición.

La Ley 1437 de 2011, que entró en vigencia el 2 de julio del 2012, incluye en el artículo 184 un nuevo procedimiento para el trámite de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. A continuación se transcribe la norma en mención, la cual constituye un reflejo del procedimiento ordinario que se adelanta ante la Corte Constitucional.

Artículo 184. Proceso especial para la nulidad por inconstitucionalidad. La sustanciación y ponencia de los procesos contenciosos de nulidad por inconstitucionalidad corresponderá a uno de los Magistrados de la Sección respectiva, según la materia, y el fallo a la Sala Plena. Se tramitará según las siguientes reglas y procedimiento:

- 1. En la demanda de nulidad por inconstitucionalidad se deberán indicar las normas constitucionales que se consideren infringidas y exponer en el concepto de violación las razones que sustentan la inconstitucionalidad alegada.*
- 2. La demanda, su trámite y contestación se sujetarán, en lo no dispuesto en el presente artículo, por lo previsto en los artículos 162 a 175 de este Código. Contra los autos proferidos por el ponente solo procederá el recurso de reposición, excepto el que decreta la suspensión provisional y el que rechace la demanda, los cuales serán susceptibles del recurso de súplica ante la Sala Plena.*
- 3. Recibida la demanda y efectuado el reparto, el Magistrado Ponente se pronunciará sobre su admisibilidad dentro de los diez (10) días siguientes. Cuando la demanda no cumpla alguno de los requisitos previstos en este Código, se le concederán tres (3) días al demandante para que proceda a corregirla señalándole con precisión los requisitos incumplidos. Si no lo hiciera en dicho plazo se rechazará.*
- 4. Si la demanda reúne los requisitos legales, el Magistrado Ponente mediante auto deberá admitirla y además dispondrá:*
 - a) Que se notifique a la entidad o autoridad que profirió el acto y a las personas que, según la demanda o los actos acusados, tengan interés directo en el resultado del proceso, de conformidad con lo dispuesto en este Código, para que en el término de diez (10) días puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas. Igualmente, se le notificará al Procurador General de la Nación, quien obligatoriamente deberá rendir concepto;*
 - b) Que se fije en la Secretaría un aviso sobre la existencia del proceso por el mismo término a que se refiere el numeral anterior, plazo durante el cual cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo. Adicionalmente, ordenará la publicación del aviso en el sitio Web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo;*
 - c) Que el correspondiente funcionario envíe los antecedentes administrativos, dentro del término que al efecto se le señale. El incumplimiento por parte del*

encargado del asunto lo hará incurso en falta disciplinaria gravísima y no impedirá que se profiera la decisión de fondo en el proceso.

En el mismo auto que admite la demanda, el magistrado ponente podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito su concepto acerca de puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo, dentro del plazo prudencial que se señale.

En el caso de que se haya solicitado la suspensión provisional del acto, se resolverá por el Magistrado Ponente en el mismo auto en el que se admite la demanda.

5. Vencido el término de que trata el literal a) del numeral anterior, y en caso de que se considere necesario, se abrirá el proceso a pruebas por un término que no excederá de diez (10) días, que se contará desde la ejecutoria del auto que las decreta.

6. Practicadas las pruebas o vencido el término probatorio, o cuando no fuere necesario practicar pruebas y se haya prescindido de este trámite, según el caso, se correrá traslado por el término improrrogable de diez (10) días al Procurador General de la Nación, sin necesidad de auto que así lo disponga, para que rinda concepto.

7. Vencido el término de traslado al Procurador, el ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada al despacho para sentencia. La Sala Plena deberá adoptar el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional.

Una vez descritas las principales reglas de procedimiento que existen en los juicios concentrados de constitucionalidad en Colombia, se procederá a examinar la forma como participa el defensor del pueblo en dichos juicios.

III. DE LA INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN LOS JUICIOS CONCENTRADOS DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA: ¿PLANTEAMIENTO DE UN DEBATE?

La Constitución Política de 1991 regula en los artículos 281 a 284 la figura del defensor del pueblo y la institución defensorial. El desarrollo de estas normas constitucionales se encuentra en la Ley 24 de 1992, que establece la organización y funciones de la Defensoría del Pueblo, y en la Ley 941 de 2005, por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Para estos efectos, es preciso señalar que la Defensoría del Pueblo recibió del Constituyente de 1991 el mandato de velar por la pro-

moción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual le atribuyó, entre otras funciones, las siguientes: (i) orientar e instruir a todas las personas en el ejercicio y defensa de sus derechos; (ii) divulgar los derechos humanos y recomendar políticas para su enseñanza; (iii) interponer acciones para la defensa de los derechos constitucionales, sin perjuicio del derecho que les asiste a los interesados; y (iv) organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley³².

Dentro de las atribuciones con las que cuenta el defensor del pueblo para defender los derechos humanos se encuentra la de demandar e impugnar ante la Corte Constitucional las normas relacionadas con los derechos humanos. La institución puede hacerlo, bien por iniciativa propia o bien por la solicitud de algún particular. Esta atribución aparece consagrada tanto en la Ley 24 de 1992, como en el Decreto 2067 de 1991, que regula el régimen procedimental de los juicios que se surten ante la Corte Constitucional.

Precisamente, el numeral 9 del artículo 9 de la Ley 24 de 1992 dispone que: *“Además de las atribuciones señaladas en la Constitución, el defensor del pueblo tendrá las siguientes: (...) 9. Demandar, impugnar o defender ante la Corte Constitucional, de oficio o a solicitud de cualquier persona y cuando fuere procedente, normas relacionadas con los derechos humanos. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución Nacional, de la ley, del interés general y de los particulares, ante cualquier jurisdicción, servidor público o autoridad”*. Por su parte, el inciso 3 del artículo 7 del Decreto 2067 de 1991 establece: *“A solicitud de cualquier persona, el defensor del pueblo podrá demandar, impugnar o defender ante la Corte normas directamente relacionadas con los derechos constitucionales”*.

Obsérvese cómo la participación descrita en los procesos que se surten ante la Corte Constitucional tiene una connotación eminentemente potestativa, pues no se prevé la intervención obligatoria del defensor del pueblo en ninguna de las actuaciones que se deben surtir en los juicios que se adelantan ante la Corte Constitucional.

32 El artículo 1 de la Ley 24 de 1992 determina la naturaleza jurídica y el mandato general que ha de cumplir la institución: *“La Defensoría del Pueblo es un organismo que forma parte del Ministerio Público, ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación y le corresponde esencialmente velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos”*.

En efecto, en primer lugar se le otorga legitimación al defensor del pueblo para presentar, directamente o por solicitud ciudadana, demandas de inconstitucionalidad relacionadas con normas que desconozcan derechos constitucionales, o en general, derechos humanos, o que propugnen por la defensa de la Constitución Política. Un precedente sobre esta materia se puede examinar en el Auto 014 de 1995 de la Corte Constitucional, en el que se avaló la titularidad de esta atribución en cabeza del defensor del pueblo.

En segundo término, el defensor del pueblo se encuentra habilitado, como cualquier ciudadano, para intervenir en el término de fijación en lista, con la finalidad de impugnar o defender las normas objeto de revisión.

Finalmente, nada obsta para que el magistrado sustanciador invite al defensor del pueblo, en desarrollo de lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, para que brinde un concepto como experto en derechos humanos, con relación a las materias sometidas a control.

Esta relación de atribuciones del defensor del pueblo en los juicios que se adelantan ante la Corte Constitucional demuestra que, a diferencia de lo que ocurre con el Procurador General de la Nación, su participación no es obligatoria en ninguna de las actuaciones que se surten ante el citado tribunal.

Lo mismo ocurre con el proceso de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado, en el que la participación del defensor del pueblo se limita a la interposición de la acción en defensa de la Constitución Política (Ley 24 de 1992, artículo 9, numeral 9) y a su intervención para defender o impugnar el acto demandado, de acuerdo a los requisitos previstos en el artículo 146 del Código Contencioso Administrativo. Con la Ley 1437 de 2011 se incluiría la posibilidad de ser invitado a conceptualizar como experto sobre la materia (artículo 184, literal c).

En los juicios concentrados de constitucionalidad en Colombia no basta con el reconocimiento de las atribuciones previamente señaladas al defensor del pueblo; en nuestro criterio, debería incluirse el deber de correr traslado de todas las actuaciones que tengan como objeto la revisión de normas relacionadas con los derechos humanos, con el fin de que el *Ombudsman* rinda obligatoriamente un concepto sobre las mismas. Lo anterior por las siguientes razones.

En primer lugar, la protección efectiva de los derechos humanos requiere que la autoridad constitucionalmente prevista para velar por su promoción, defensa y ejercicio, se haga partícipe directa de los procesos que pueden conducir a una nueva *contextualización* de las garantías de los ciudadanos. No sobra recordar que de la forma como el juez constitucional interprete los derechos humanos, dependerá el ejercicio de la actuación defensorial.

En segundo término, es el defensor del pueblo quien goza del conocimiento técnico especializado para rendir un concepto que conduzca al examen de constitucionalidad de normas que tengan injerencia directa frente a los derechos humanos y que puedan afectar su alcance y efectividad, pues su contacto permanente con la protección de las garantías ciudadanas le permiten no solo detectar las lagunas que existan en el ordenamiento jurídico sino también enfrentarse a diversos problemas de constitucionalidad que se derivan de su aplicación³³.

En tercer lugar, la especialidad de sus funciones y el papel que cumple como representante de los intereses de la comunidad lo convierten en el interlocutor obligatorio de la defensa de los derechos humanos ante las instancias judiciales de control constitucional³⁴.

Finalmente, el conocimiento que tenga el defensor del pueblo por su participación obligatoria en los procesos de constitucionalidad servirá de insumo para la elaboración de investigaciones defensoriales y para el desarrollo de la magistratura moral, con el fin de advertir, recomendar o sugerir la adopción de políticas o medidas legislativas que impacten en la defensa y salvaguarda de los derechos humanos, para lo cual la propia Carta Fundamental le reconoce iniciativa legislativa (CP art. 282.6). Precisamente, no sobra recordar que al hablar del modelo sueco de *Ombudsman* se ha dicho que: “*existe la responsabilidad de efectuar indagaciones de carácter normativo, las cuales se extienden por períodos prolongados*

33 La doctrina ha dicho que: “[el defensor del pueblo] *se encuentra premunido de legitimación procesal para interponer las acciones de hábeas corpus, amparo y de inconstitucionalidad contra las leyes y normas con fuerza de ley, lo cual denota su entroncamiento con las tareas vinculadas con la detección de las lagunas y demás aspectos relativos a lo deficiente y defectuoso de la legislación vigente*”. Víctor García Toma, *La Defensoría del Pueblo en el Perú*, 43 (Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005).

34 Un importante resumen sobre las distintas actuaciones que cumplen los defensores del pueblo se puede consultar en el siguiente texto: Guillermo Escobar Roca, *Defensoría del Pueblo en Iberoamérica* (Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008).

y que a menudo implican una revisión de las leyes vigentes y la verificación de su cabal aplicación”³⁵.

35 Víctor García Toma, *La Defensoría del Pueblo en el Perú*, op. cit., 32.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Guillermo Escobar-Roca, *Defensoría del Pueblo en Iberoamérica*, Aranzadi S.A., Navarra (2008).
- Javier Tobo-Rodríguez, *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá (2004).
- Miguel Polo-Rosero, *Del control al descontrol: el caso de la sentencia C-1191 de 2008*, Informativo Jurídico No. 4 de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (2009).
- Oswaldo Alfredo Gozaini, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires (2006).
- Sergio Reyes-Blanco, *El control de constitucionalidad, su evolución en España y Colombia*, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá (2004).
- Víctor García-Toma, *La Defensoría del Pueblo en el Perú*, Editora Jurídica Grijley, Lima (2005).
- , *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Palestra Editores S.A.C., Lima (2005).

Contribuciones en obras colectivas

- Edgar Andrés Quiroga-Natale, *El control constitucional en Colombia: estructura y técnicas de aplicación*, en *Derecho Procesal Constitucional, Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*, VC Editores Ltda., Bogotá (2010).

Revistas

- Álvaro Andrés Motta-Navas, *La defensa de la Constitución y el control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano (aproximación general a una visión integral)*, 1 *Revista Derecho y Jurisprudencia, Facultad de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano*, No. 1, Bogotá, (2004). Disponible en: http://201.234.78.173:8081/cvllac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000588431
- DICTIO%20N%C2%B0%203.pdf
- José Gregorio Hernández-Galindo, *Diecisiete años de jurisprudencia, Juris Dictio*, 3 *La Revista de Asomagister*, No. 3 (Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, segundo semestre del 2008). Disponible en: <http://www.asomagister.com/JURIS%20>
- Manuel José Cepeda-Espinoza, *El derecho a la Constitución en Colombia. Entre la rebelión pacífica y la esperanza*, 15 *Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, No. 44, Madrid (1995).

Tulio Chinchilla-Herrera, *Concepciones sobre el juez constitucional en la reforma de 1910: Una cuestión de confianza*, *Revista Elementos de Juicio, Temas Constitucionales*, No. 14, José Gregorio Hernández Galindo Publicaciones – Medios EU, Bogotá (2010).