

# La jurisdicción constitucional y la acción de tutela como control de constitucionalidad

## The constitutional jurisdiction and the action of guardianship as control of constitutionality

**IVÁN ALEMÁN PEÑARANDA**

Abogado, Magíster en Derecho – Universidad Nacional de Colombia- Profesor de tiempo completo,  
Programa de Derecho Universidad Autónoma del Caribe.  
alemanabogados@hotmail.com  
ivan.aleman@uac.edu.co

Recibido: 2 de Julio de 2009  
Aceptado: 3 de Agosto de 2009

### RESUMEN

El presente artículo de revisión, producto de la investigación titulada “Obligatoriedad de los fallos de tutela proferidos por la corte constitucional” desarrollada al interior del Grupo de Investigación de Estudios Sociales Políticos y Jurídicos del Programa de Derecho de la Universidad Autónoma del Caribe. El propósito es demostrar que en el debate jurídico actual colombiano las fuentes del derecho transitan hacia una fuerte influencia de la jurisprudencia en las decisiones judiciales, rompiendo el paradigma, establecido por el imperio de la ley como fuente única y principal del derecho.

Aunque el sistema jurídico colombiano es de corte continental se observa cómo a partir de 1991 con la creación de la corte constitucional, cada vez el sistema se acerca más al anglosajón otorgándole mayor importancia al precedente judicial. Para demostrarlo, iniciamos describiendo el origen del principio de legalidad, comparando los diferentes modelos de control de constitucionalidad, el papel que desempeñan instrumentos como la acción de tutela en el sistema y su desarrollo en el derecho comparado.

**Palabras clave:** sentencias, tutela, doctrina, derechos, jurisprudencia, precedente, igualdad, principios

### ABSTRACT

This review article is a result of the research entitled “mandatory supervision failures uttered by the constitutional court” developed within the research group of social, political and legal studies law program at the Autonomous Caribbean University. Whose purpose is to demonstrate that the current legal debate Colombian sources of law are moving towards a strong influence of case law in judicial decisions, breaking the paradigm established by the rule of law like the only and main source of law. Although the Colombian legal system is seen as continental court, since 1991 with the creation of the constitutional court, whenever the system is closer to the Anglo-Saxon giving greater importance judicial precedent. To prove it began describing the origin of the rule of law, comparing the different models of constitutional review, the role of instruments such as the tutelage in the system and its development in comparative law.

**Key words:** sentences, custody, doctrine, rights, law, precedent, equality, principles

## Introducción

La jurisdicción constitucional es una potestad otorgada a determinados órganos o tribunales, independientes de los demás órganos del poder estatal, encaminada a asegurar el respeto absoluto a la Constitución por parte de quienes detentan el poder. Dentro de este contexto, es determinante que los servidores del Estado respeten y cumplan que los actos de los gobernantes se ajusten al ordenamiento jurídico cuya norma superior es la Constitución; en consecuencia, las otras normas se encuentran jerárquicamente en una posición inferior y por lo tanto han de observar el principio que enseña que la Constitución es la ley suprema.

Así mismo, es objeto fundamental de la jurisdicción constitucional el obtener el respeto absoluto, por parte de quienes detentan el poder, de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos y consagrados en la parte dogmática de la Constitución y el cumplimiento y observancia de las normas que regulan la distribución y limitación del poder establecidas en la parte orgánica de la ley fundamental. Su objeto, en definitiva, es mantener en plena vigencia la libertad y dignidad del ser humano, a través del conocimiento de acciones que tiendan, directa o indirectamente, a tutelarlos.

Durante el desarrollo del siglo XX, el reconocimiento y la legitimidad de la jurisdicción constitucional no sólo se ha generalizado en los países europeos donde se aceptan ampliamente las bondades de esta jurisdicción, sino que su institucionalización ha ganado cada vez un mayor espacio en todo el mundo, particularmente en los Estados constitucionales y democráticos de derecho, como es el caso de la mayoría de los países de Latinoamérica. Es precisamente, dentro del paradigma de los Estados constitucionales y democráticos de derecho, en donde la jurisdicción constitucional cumple una función trascendental en la defensa y garantía no sólo de la Constitución, sino también de las libertades y derechos fundamentales en ella consagrados.

Para el tratadista Eduardo García de Enterría “La existencia de un Tribunal Constitucional afianza y arraiga el papel rector de la Constitución en el arbitraje social, extiende, por tanto, el rol del derecho en la vida política y colectiva y de ello surgen capitales beneficios para los sistemas políticos y para las sociedades que dentro de ellos viven. Esto es un hecho, por de pronto, que por sí solo refuta el convencional catálogo de objeciones teóricas a la justicia constitucional”.<sup>1</sup>

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª edición. Madrid: Civitas. 1983. pág. 86.

Sin embargo, la existencia de jueces constitucionales bajo la forma de tribunales o Cortes ha sido objeto de fuerte controversia en torno a su fundamentación y justificación, hasta el punto que en aquellos Estados donde se les ha institucionalizado, no existe consenso sobre su posición en la estructura de las competencias en el orden constitucional y la legitimidad de sus decisiones. Las principales críticas a la jurisdicción constitucional se centran principalmente en una disputa en relación al principio de la división de poderes, más concretamente en lo que respecta a la distribución de competencias entre el legislador democrático y la administración de justicia.

### 1.1. Diferentes posiciones sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional

La legitimidad de la jurisdicción constitucional ha sido objeto de intensos debates, destacándose en primer lugar el suscitado entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, debate que se centra principalmente en el interrogante de quién debe ser el guardián de la Constitución.

Para Kelsen, la labor protectora de la Constitución recae en la justicia constitucional, mostrándose a favor del control jurisdiccional de la Constitución, bajo el argumento de que nadie puede ser juez en su propia causa. La institución del tribunal constitucional ha sido ideada por Kelsen, para quien la justicia constitucional debía ser confiada a una Corte o Tribunal constitucional independiente de todas las demás autoridades estatales, teniendo como condición para su independencia el establecimiento de un estatuto constitucional que defina su organización, funcionamiento y atribuciones, poniéndolo a salvo de los atentados que en su contra puedan iniciar las autoridades sometidas al control del tribunal constitucional.<sup>2</sup> Kelsen se muestra a favor de la institucionalización de un tribunal constitucional, y ello no solo por razones políticas, sino también por razones relativas a la teoría del derecho. Para este autor, el objeto del control no era el contenido de una norma problematizada, sino la constitucionalidad de su producción. Sostiene que, “El hecho que en las decisiones sobre la constitucionalidad de una ley, se subsume bajo la norma que representa la Constitución, no es la norma..., sino la producción de la norma”.<sup>3</sup>

La tesis principal de Schmitt es que ningún tribunal de justicia puede ser el guardián de la Constitución. Potestad que le corresponde única y exclusivamente al jefe de Esta-

2 TOBO RODRÍGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y El Control de Constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 1996. p. 76.

3 KELSEN, H. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Estudio preliminar de Guillermo Gasió. Traducción y notas de Roberto J. Brié. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1995. p. 25.

do quien al ser elegido directamente por el pueblo podría actuar con independencia de los partidos como instancia verdaderamente suprema y neutral. Se fundamenta en la Teoría de Constant sobre el poder neutral del monarca.

La independencia de la jurisdicción constitucional es duramente cuestionada por Schmitt, quien no estaba de acuerdo en que la Constitución atribuyera a una Corte la competencia de decidir acerca de la interpretación de sus disposiciones, pues ellas eran casi siempre sólo fórmulas y compromisos dilatorios, acuerdos apócrifos, lacrados por los constituyentes, que debían ser concretados por “un legislador constitucional en funciones de alta política”. Es por ello que la creación de una jurisdicción constitucional quebranta el dogma de la división de los poderes públicos y conduce de manera inexorable al gobierno de los jueces y, a la judicialización de la política y la politización de la justicia, ya que, el que un tribunal constitucional pueda dictaminar libremente sobre la validez o invalidez de las leyes, aunque su decisión se adopte conforme a un procedimiento judicial constituye una invasión clara de la justicia en la legislación, que da al traste con el principio orgánico de distribución del poder.<sup>4</sup> Para este autor la labor de los tribunales constitucionales se limitaba a verificar la compatibilidad entre la ley y la Constitución, en aquellos casos en que existieran dudas y divergencias de opinión en su interpretación, excluyendo dentro de sus funciones la aplicación del derecho a un caso concreto (actividad con la cual identificaba el verdadero ejercicio de la jurisdicción). En consecuencia, para Schmitt, en los juicios de constitucionalidad sólo se resuelven diferencias de interpretación entre una norma legal y la Constitución y ello sólo es posible mediante una decisión con carácter de autoridad. Es decir, la labor de las Cortes corresponde principalmente a la resolución de dudas con su autoridad, y no en hacer evidente la razón jurídica que debe prevalecer en cada caso, en develar una solución hasta entonces furtiva en el orden jurídico.<sup>5</sup>

Si bien Kelsen reconoce que la función del Tribunal Constitucional no es una función política, sino judicial similar a la de cualquier otro tribunal, identifica una diferencia fundamental entre ellos. Señala que:

*“Desde el punto de vista la diferencia entre un tribunal constitucional y uno ordinario (civil, penal o administrativo) consiste en que si bien ambos producen y aplican derecho, el segundo produce sólo actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa, y al proceder a la anulación de la*

*norma inconstitucional, no produce, sino que anula una norma general, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador negativo”.*<sup>6</sup>

Las de Schmitt y de Kelsen son dos visiones política, histórica y jurídicamente muy diversas de la Constitución y del papel de guardián, por un lado entendido como defensa en contra de la amenaza a la existencia misma de la unidad constitucional, por el otro como control sobre la “regularidad constitucional” de los actos en los cuales se desarrolla cotidianamente la vida asociada.<sup>7</sup>

En relación con esta controversia, Habermas plantea tres líneas de razonamiento: En primer lugar, la crítica a las decisiones del tribunal constitucional se basa en una lectura liberal del esquema clásico de la división de poderes. La ampliación de funciones, fácticamente inevitable, pero normativamente dudosa, que experimenta la administración de justicia, al encargar a un tribunal constitucional del ejercicio de funciones que compiten con las de la actividad legislativa, la explica por la evolución que experimenta el Estado liberal de derecho hacia un Estado intervencionista y benefactor. En segundo lugar, se fundamenta en el debate sobre la indeterminación del derecho, pero centrándolo ahora en la teoría de los valores. La crítica se dirige contra una autocomprensión metodológica que equipara la orientación por principios con una ponderación o sopesamiento de bienes. Finalmente, en el tercer aspecto, el papel del tribunal constitucional sería el de proteger el procedimiento democrático de la producción de derecho; plantea aquí Habermas, la rehabilitación o renovación de una comprensión republicana, es decir, no instrumental, del proceso político en conjunto.<sup>8</sup>

En cuanto a la colisión entre las funciones del Tribunal Constitucional y las funciones del legislador legitimado democráticamente, Habermas sostiene que ésta sólo se agudiza en el ámbito del control abstracto de las normas, en la medida en que ha de comprobarse y revisarse judicialmente si una ley aprobada por el legislativo es conforme a la Constitución y por lo menos no contradice un desarrollo consecuente del sistema de los derechos. Esta función de control abstracto de las normas pertenece incuestionablemente al legislador. Pero la transferencia de dicha competencia a un tribunal constitucional requiere de una justificación bastante compleja ya que, como lo afirma Alexy, “En el discurso relativo a derechos fundamentales falta el factor de vinculación más importante

4 SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Prólogo de Pedro Vega. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Editorial Tecnos. 1983. p. 19.

5 BERNAL pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 31.

6 KELSEN, Hans. *La Garantía Constitucional de la Constitución*. Madrid. 1984. pág. 21.

7 CELOTTO, Alfonso. *Formas y Modelos de Justicia Constitucional*. Un Vistazo General. En [www.circulodoxa.org/documentos/](http://www.circulodoxa.org/documentos/)

8 HABERMAS, Jürgen. “Tres modelos normativos de democracia” en *La Inclusión del Otro*. Barcelona: Paidós. 1999. pp. 231-246.

para la argumentación jurídico-profesional en general, a saber, la ley simple, relativamente concreta en la mayoría de los casos. Su lugar vienen a ocuparlo determinaciones o definiciones de los derechos fundamentales, muy abstractas, abiertas y cargadas de ideología".<sup>9</sup> Este autor refiere el discurso relativo a derechos fundamentales a todos los ámbitos de la jurisprudencia constitucional. Pero este argumento solo resultaría válido desde un punto de vista procedimentalista. Finalmente, para Habermas, independientemente de la postura que se adopte, no cabe duda de que la concretización del derecho constitucional por una jurisdicción constitucional encargada de decidir en última instancia, sirve a la clarificación del derecho y al mantenimiento de un orden jurídico coherente.<sup>10</sup>

En el sistema americano, la controversia sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional se desarrolla en el ámbito político y no en el contexto de la metodología jurídica. El tribunal constitucional despliega su actividad dentro del marco de sus competencias, en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa (formada por el órgano legislativo y la opinión pública), que son las que fundan la legitimidad. Dentro de este modelo político, el tribunal constitucional se constituye en el defensor activo de la democracia deliberativa y la jurisdicción constitucional tendría por fin compensar el gradiente que se produce entre el ideal republicano y la realidad constitucional, generándose así una tensión entre facticidad y validez que coloca al Tribunal Supremo en el papel de mediador entre ideal y realidad.

## 1.2. Evolución histórica

El origen del control de los actos de los poderes públicos se remonta a la época de la democracia ateniense a través de diversas formas de revisión jurisdiccional. Hasta el modelo del Estado Absoluto (siglo XVIII) ese control o límite al ejercicio del poder de gobierno se ejercía a través del derecho. En el Estado Absoluto los límites al poder soberano asumían un carácter predominantemente político o moral y el esfuerzo consistía precisamente en la sujeción también del soberano al respeto del derecho en nombre de la legalidad. Por otra parte, de manera contraria, sobre la base de la experiencia inglesa, se impuso la idea de la omnipotencia del Parlamento, excluyéndose que la voluntad de las asambleas representativas pudiese ser sometida a las decisiones de los jueces. Además con el surgimiento del principio de la división de los poderes basado en las

teorizaciones de Locke y de Montesquieu, el límite al poder legislativo fue hallado en la atribución de los diversos poderes soberanos a órganos diversos e independientes, más que en un control judicial de las leyes.<sup>11</sup>

Sin embargo, estas formas de control a los poderes estatales no corresponden al concepto actual de control de constitucionalidad de las leyes. Desde esta perspectiva, el origen más cercano lo encontramos en las Constituciones revolucionarias, americana y francesa, en donde la Constitución se erige como norma constitutiva y reguladora de la vida política asociada, de pacto social, de ley fundamental capaz de conformar la entera vida constitucional. En esta concepción surge inmediatamente la exigencia de un sistema de justicia constitucional, es decir de un control operado por un órgano independiente de las fuerzas políticas, llamado a resolver las controversias entre los diversos órganos de vértice y, sobre todo, a revisar que también los poderes ejercitados por las Asambleas parlamentarias –es decir las leyes– se encuentren conforme con la Constitución.<sup>12</sup>

En la evolución de la jurisdicción constitucional propiamente dicha encontramos dos tendencias de gran influencia en el desarrollo de las instituciones de control jurisdiccional de la Constitución: la tendencia americana y la tendencia austríaca, las cuales, desde el punto de vista de la doctrina, se identifican en dos bloques o sistemas: los sistemas de jurisdicción difusa, inspirados en el modelo norteamericano y, los sistemas de jurisdicción concentrada que siguen el modelo austríaco ideado por Hans Kelsen y de gran aceptación en Europa. Para el profesor H. Fix Zamudio, "estas dos tendencias, es decir, las que se han calificado como "americana" y "austríaca" del control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, tomando en consideración que tuvieron su nacimiento en América -no sólo los Estados Unidos, sino en la mayor parte de Latinoamérica, siguiendo el ejemplo norteamericano- y en Austria, respectivamente, se disputaron la primacía en los años siguientes a la Primera Guerra Mundial, y aun cuando en un principio parecía triunfante la tendencia angloamericana, después de la tremenda experiencia de las dictaduras nazi-fascistas y de la Segunda Guerra Mundial, la balanza se ha inclinado por los tribunales constitucionales especializados".<sup>13</sup>

En cuanto al modelo norteamericano, esto es, la jurisdicción difusa, se sustenta en dos principios categóricos: la autodeterminación política comunitaria que es presu-

9 ALEXI, Roberts. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. 1993. pp.532 ss.

10 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. por Jiménez Redondo, Manuel. Madrid: Trotta. 1998 P. 334 y ss.

11 CELOTTO, Alfonso. *Formas y Modelos de Justicia Constitucional. Un Vistazo General*. Disponible En [www.circulodoxa.org/documentos/](http://www.circulodoxa.org/documentos/)

12 Ibid.

13 ZAMUDIO, H. Fix. *La Protección Jurídica y Procesal de los derechos Humanos ante las Jurisdicciones nacionales*. Madrid: Civitas. 1982. pág. 149.



puesto del carácter originario y no derivado de la Constitución; y el principio de la *limitación del poder*, como garantía de la libertad, lo cual trae como consecuencia fundamental la creación la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado. Es el llamado *higher law* o *derecho más alto*, plasmado en una Constitución escrita como parámetro normativo superior, el que, a su vez, será apoyado sobre la *judicial review*, o sea, la facultad judicial de declarar inconstitucionales las leyes. No obstante, esta doctrina solo adquirió vigencia a partir de su declaración por el Tribunal Supremo en la sentencia del caso *Marbury versus Madison*, obra del gran juez Marshall (1803). La institución del *higher law* se convierte así en la más importante creación del constitucionalismo norteamericano.<sup>14</sup> Respecto de esta sentencia, García De Enterría señala que,

*“Por primera vez en esa famosa sentencia se anula una ley federal, partiendo de la observación elemental que hace el juez Marshall de que cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución la alternativa es muy simple: o se aplica la ley, en cuyo caso se inaplica la Constitución, o se aplica la Constitución, lo que obliga a inaplicar la ley; él opta por esta segunda solución, naturalmente, que juzga the very essence of judicial duty, sobre la base de lo que ya antes Hamilton, en The Federalist, había llamado, y va a quedar en adelante establecido como un principio capital del Derecho público norteamericano, la obligación más fuerte, la vinculación más fuerte del juez a la Constitución (higher, superior obligation)”*<sup>15</sup>.

En el constitucionalismo americano, autores como Michael Perry definen al juez constitucional como “un maestro y profeta que con su interpretación de la palabra divina de los padres fundadores asegura la continuidad de una tradición constitutiva de la vida de la comunidad. Para lo cual, el juez, ni puede atenerse a la letra estricta, ni tampoco depender de las convicciones mayoritaria: “Interpretar” alguna provisión de la Constitución es, en lo esencial, asegurarse de su sentido aspiracional y después hacer valer ese sentido, es decir, responder a la cuestión de qué significa esa aspiración para el conflicto ante el que se está y qué es lo que esa aspiración, cuando se la acepta, exige que el tribunal haga”.<sup>16</sup>

En el sistema austríaco (jurisdicción concentrada), la competencia para conocer del control de constitucionalidad le correspondía sólo al Tribunal Constitucional, el cual, en ejercicio de esta potestad, podía declarar la inconstitucionalidad de las leyes, con efecto general, en las relaciones con todos, y bajo instancia de las autoridades públicas llamadas a aplicar el derecho.

En este modelo de control constitucional, el juicio que realiza el Tribunal Constitucional no recae sobre un supuesto de hecho singular, sino que se trata de una labor meramente abstracta de compatibilidad lógica entre el pronunciamiento, indeterminado de una ley y la norma constitucional. Es por ello que para Kelsen, “hasta tanto el Tribunal Constitucional no ha declarado la Ley inconstitucional (declaración que tiene efectos *erga omnes*, lo que es propio de un acto legislativo -“fuerza de ley”-, aunque aquí sea de abrogación) dicha Ley es válida, que es lo que justifica que los jueces y tribunales ordinarios no puedan inaplicarla; no se da, pues, como en la relación Ley Reglamento (y como el sistema americano de *judicial review* aplica en la relación Constitución Ley), un vicio de nulidad de la ley inconstitucional, sino de mera anulabilidad.”<sup>17</sup>

García De Enterría con suficiente claridad explica las diferencias entre el sistema norteamericano y el sistema austríaco (europeo). Expresa el autor:

*“Frente al llamado ‘control difuso’ americano, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar las Leyes cuando las juzgan contrarias a la Constitución (multiplicidad de control en el que, sin embargo, pone orden el principio stare decisis, que vincula los Tribunales inferiores a la jurisprudencia de la Supreme Court), el sistema kelseniano configura un “control concentrado”, confiado a un solo Tribunal, el Tribunal Constitucional, único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una Ley y al cual deberán dirigirse los tribunales que estén en trance de aplicar dicha Ley, los cuales, de este modo, carecen del poder de inaplicar las leyes inconstitucionales por sí mismos.”*<sup>18</sup>

En el contexto internacional, el sistema o modelo que mayor aceptación y aplicación ha tenido es el modelo europeo de control de constitucionalidad (sistema concentrado), convirtiéndose en una instancia irrenunciable para las democracias como medio de resolución de las controversias entre los diversos órganos del poder del Estado y como sede para controlar la obra del legislador en nombre de la Constitución. Este modelo tuvo su primera

14 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: editorial Civitas S.A. 1991. pág. 50, 51 y 53.

15 Ibid. Pág. 126.

16 PERRY, Michael J. *Morality, Politics and Law*. Oxford, 1988. pp. 152 y ss. En HABERMAS, Jürgen. “Tres modelos normativos de democracia” en *La Inclusión del Otro*. Barcelona: Paidós. 1999, p. 331.

17 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. Cit. Pág. 56.

18 Ibid. Pág. 56 y 57.

experiencia en la Constitución checoslovaca del 29 de febrero de 1920 y en la Constitución federal austríaca del 1 de octubre de 1920, en donde se instituyó un Tribunal constitucional federal caracterizado por su independencia y tercialidad y con competencia para juzgar sobre el respeto de la Constitución y de las competencias repartidas entre la Federación y los Estados federales, también revisando la constitucionalidad de las leyes<sup>19</sup>.

Posteriormente, en el año de 1931 se creó en España el Tribunal de Garantías Constitucionales, que tuvo vigencia hasta la llegada de Franco al poder. En el año de 1933 las funciones del Tribunal Constitucional Austriaco quedaron sin vigencia debido a la irrupción en el poder del Nacional Socialismo. Concluida la Segunda Guerra Mundial, en el año de 1945 se restablece este Tribunal constitucional, sistema de control que tuvo gran acogida en el resto de los países europeos, como por ejemplo la Corte Constitucional Italiana de 1948, el Tribunal Constitucional Alemán en 1949, el Consejo Constitucional Francés en 1958, la Corte Constitucional Turca en 1961 y la Corte Constitucional Yugoslava en 1963. Más recientemente, en el año de 1976 se creó el Tribunal Constitucional Portugués y en el año de 1978 se instituye el Tribunal Constitucional Español. En Bélgica se crea la Corte de Arbitraje en el año de 1983 y, en Europa del Este se han venido estableciendo tribunales constitucionales como en Polonia en 1985, Hungría en 1989, Rumanía y Bulgaria en 1991 y, en este mismo año se reorganizó el Tribunal Constitucional Checoslovaco. Todas estas formas de control de constitucionalidad conocidas en Europa, pero también en algunos Estados asiáticos (por ej., Tailandia, Corea del Sur y muchos Estados nacidos del desmembramiento de la URSS) y africanos, sobre todo de influencia francesa (Algeria, Marruecos, Túnez), están fundadas sobre un adecuado Tribunal constitucional, con específicas competencias relativas al control de las leyes y a una serie de otras funciones más o menos típicas (que van, por ej. desde el control sobre las elecciones hasta formas de dictámenes sobre las revisiones constitucionales).<sup>20</sup>

En América Latina, en la mayoría de los Estados democráticos, se ha acogido el sistema europeo de control de constitucionalidad como elemento esencial para la defensa de la Constitución y las garantías y derechos fundamentales. Estos principio están significativamente expresados en la Declaración sobre la justicia constitucional aprobada al término del Congreso sobre la justicia constitucional en el derecho comparado, que se llevó a cabo en mayo de 1992 en Antigua (Guatemala), que en el punto 3 señala:

*“La existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los otros derechos fundamentales. Ésta postula en primer lugar la existencia de procedimientos específicos y eficaces tales como para asegurar la protección inmediata de tales derechos ya sea en relación con las normas [...], ya sea en relación con los actos inconstitucionales de los poderes públicos o de los sujetos privados”;*

y en el punto 4 agrega:

*“La eficacia de esta garantía presupone que sea atribuida a otra institución del Estado la competencia necesaria para controlar jurídicamente, como instancia final, la conformidad a la Constitución de los actos emanados ya sea de los otros poderes que de los sujetos privados. Eso implica la existencia de un órgano especializado de justicia constitucional, pudiendo éste constituir un tribunal autónomo (no importa su denominación...) o ser una sección especializada de una corte suprema”.*<sup>21</sup>

De esta manera, la creación de órganos encargados de velar por la supremacía de la Norma Superior ha tomado auge en nuestras democracias; así vemos que Guatemala cuenta con una Corte Constitucional, Chile con un Tribunal Constitucional, Ecuador con un Tribunal de Garantías Constitucionales, Perú con un Tribunal Constitucional, Bolivia con Tribunal Constitucional creado por la Ley 1585 del 12 de agosto de 1994 y Colombia con una Corte Constitucional creada por la Constitución de 1991.<sup>22</sup>

### **1.3. Desarrollo de la jurisdicción constitucional en Colombia**

La evolución histórica del sistema de control constitucional en Colombia parte de las primeras constituciones republicanas, más concretamente en la Constitución de Cundinamarca de 1811 en donde era concebido como un instrumento para garantizar el ejercicio equilibrado del poder público. Sin embargo, es con la expedición de la Constitución Política de 1886 en donde adquiere mayor relevancia el control constitucional, el cual se fue afianzando y actualizando con las reformas constitucionales de 1910, 1945 y 1968 hasta llegar a su consagración expresa en la Constitución de 1991 con la creación de la Corte Constitucional como tribunal de control constitucional.

Con la Constitución de 1886 se restablece en Colombia el modelo de República unitaria, determinado por el centralismo político y la descentralización administrativa, consagrándose además el principio de la separación de

19 CELOTTO, Alfonso. Op. Cit.

20 TOBO RODRÍGUEZ, Javier. Op. Cit. Pág. 29.

21 CELOTTO, Alfonso. Op. Cit.

22 TOBO RODRÍGUEZ, Javier. Op. Cit. Pág. 30.

poderes y ratificándose la supremacía de la Constitución. Dentro de este paradigma se destacan como principales características:<sup>23</sup>

- Se consagra como principio fundamental la supremacía de la Constitución al señalarse en su artículo 20 que “Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas.” Dentro de esta misma línea, el artículo 21 expresa que “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

“Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”.

- El poder ejecutivo tenía facultad para objetar proyectos de ley por razones de inconstitucionalidad. Así lo expresaba el artículo 90 de la Constitución de 1886, a saber: “Exceptúase de lo dispuesto en el artículo 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema para que ella dentro de seis días decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto”.
- Se le otorgaba a la Corte Suprema de Justicia una especie de control de constitucionalidad sobre las leyes al señalar el artículo 151 numeral 4° que dentro de las funciones de la Corte Suprema de Justicia está la de “Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales”.

Esta supremacía fue ratificada por la ley 57 del 15 de abril de 1887 al expresar en su artículo que “cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”.

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la historia política de Colombia sufre un cambio trascendental aunque transitorio con la imposición de la Dictadura del General Rafael Reyes. Este nuevo modelo dictatorial se caracterizó por el ejercicio controlado de las potestades públicas y por la ausencia del principio de separación de poderes. Luego de esta pausa democrática, se retoma el orden constitucional con la reforma de 1910 contenida

en el Acto Legislativo 03, por medio del cual se consagra nuevamente la supremacía de la Constitución (art. 40), el principio de separación de poderes y el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de equivalente jerarquía en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. En relación con el control de constitucionalidad el artículo 41 expresaba: “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 la siguiente:

*“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”.*

En la reforma constitucional de 1936 se reafirma el control de constitucionalidad de las leyes y la separación de poderes. Esta reforma se caracteriza por la promesa de un Estado Social de Derecho y la consagración del principio de intervención del Estado en la Economía, lo cual implicaba una ampliación del ámbito de acción poder estatal. Estos nuevos espacios de intervención estatal generan nuevas competencias a todos los órganos del poder, las cuales en muchos casos resultan ser conflictivas.<sup>24</sup>

En el año de 1945 se introdujo una nueva reforma constitucional (Acto Legislativo 01 de febrero de 1945) en la cual se modifican las funciones de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al control de constitucionalidad, al entregarse a la jurisdicción contencioso administrativa, el control de constitucionalidad de los actos administrativos, con excepción de los decretos expedidos en ejercicio de las facultades a que hacían referencia los numerales 11 y 12 del artículo 69 y en el artículo 117 constitucional. La Constitución tenía un valor meramente auxiliar, es decir, no contaba con fuerza normativa sino meramente interpretativa; su valor se limitaba a una simple declaración ideológica y política ha tener en cuenta, si era necesario, al momento de resolver una controversia jurídica. De manera que los juicios de constitucionalidad se limitaban a una labor comparativa entre dos disposiciones legales de diferente rango, para así determinar si una de ellas era inconstitucional por los motivos que la Corte consideraba pertinentes en cada caso.<sup>25</sup>

24 MORENO ORTIZ, Luis Javier. *La Justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana. En: Justicia Constitucional. El Rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo.* Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Legis. 2006. Pág. 18.

25 ESCOBAR MARTÍNEZ, Marcela *La Actividad Constitucional. del Consejo de Estado Colombiano.* Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Universitas. Enero-junio de 2006.

23 TOBO RODRÍGUEZ, Javier. Op. Cit. Pág. 34 y 35.

Dentro de este nuevo esquema de jurisdicción constitucional le corresponde a la Corte Suprema de Justicia (art. 147)

*"[...] la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:*

*Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano. En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación."*

Corresponde, por su parte, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art. 41) "conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del art. 69 y el artículo 117 de esta Constitución."

Como puede observarse, la reforma constitucional de 1945 reviste especial importancia, toda vez que hasta su expedición le correspondía única y exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de las demandas de inconstitucionalidad de los decretos del gobierno; y, sólo a partir de esta reforma se asigna expresamente al Consejo de Estado la competencia para conocer de los juicios de inconstitucionalidad relativos a los decretos del gobierno, con excepción de los dictados por autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional, de acuerdo con leyes especiales que le confieren los adecuados poderes, excluyendo también el caso de la situación jurídica creada cuando el presidente obra en virtud de facultades extraordinarias, que el Congreso le otorgare, por los motivos que la Constitución ha consagrado y en casos de estado de sitio.<sup>26</sup>

Respecto al control de constitucionalidad asignado en competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Consejo de Estado señaló que:

*"[...] Existe dentro de la legislación colombiana la capacidad legal del organismo llamado contencioso administrativo de anular actos del gobierno que violan la Constitución y la*

26 PÉREZ, FRANCISCO DE PAULA, *Derecho constitucional colombiano*, Ediciones Pontificia Universidad Javeriana, Facultad De Ciencias Jurídicas Y Socioeconómicas Bogotá, 1992. pág. 451.

*ley. En definitiva a la rama jurisdiccional está encomendado el elevadísimo fin de velar y hacer cumplir el control constitucional y legal de salvaguardar así las instituciones del gobierno republicano, representativo y democrático... Así se garantiza que ninguno de los tres poderes del poder público arrase a los otros, degenerando en dictadura ejecutiva, legislativa o judicial. El control de dicho combate a la dictadura y a la arbitrariedad mantiene y debe mantener el equilibrio del país."*<sup>27</sup>

El artículo 121 de la Constitución de 1886 fue modificado por el acto Legislativo No. 1 de diciembre 10 de 1960, quedando establecido en relación con el control constitucional que,

*"El Congreso, por medio de la proposición aprobada por mayoría absoluta de una u otra Cámara, podrá decidir que cualquiera de los decretos que dicte el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias del estado de sitio, pase a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su constitucionalidad. La Corte fallará dentro del término de seis días, y si así no lo hiciera, el decreto quedará suspendido. La demora de los magistrados en pronunciar el fallo es causal de mala conducta."*<sup>28</sup>

Siguiendo el desarrollo histórico del control constitucional en Colombia, es en la reforma constitucional de 1968 donde se plantea por primera vez la posibilidad de crear una Corte Constitucional con un control concentrado. Sin embargo esta propuesta fue derrotada en el Congreso bajo el argumento, esgrimido por la propia Corte Suprema de Justicia cuando afirmó que: "La creación de la Corte Constitucional altera el *statu quo* de la CSJ como órgano jurisdiccional superior y le sustrae una función política importante como el control constitucional. El Costo que presumiblemente la CSJ pagaría si apoya una reforma de este estilo es su marginalización de la discusión de temas claves para la marcha del Estado. El Precio es, entonces, demasiado caro"<sup>29</sup>.

Para la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, el control de constitucionalidad es jurídico y esto se presenta como una coraza en contra de los vaivenes de las pasiones políticas. Así las cosas, el control constitucional se man-

27 CONSEJO DE ESTADO, salvamento de voto del consejero ANTONIO JOSÉ PRIETO, S. de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de marzo de 1955, *Anales de Consejo de Estado*, LXI del 382 al 386. pág. 243.

28 TOBO RODRÍGUEZ, Javier. Op. Cit. 38.

29 Concepto de la Corte Suprema de Justicia de 1968. En: GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. ¿Para qué una Corte Constitucional en la Colombia de 1968. Reflexiones en torno a las tensiones de los poderes públicos. Justicia Constitucional. El Rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Legis. 2006. Pág. 60.



tuvo en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, pero se creó una Sala Constitucional al interior de ella compuesta por cuatro magistrados especialistas en derecho público, designados por la propia Corte Suprema, la cual se encargaría de estudiar los asuntos constitucionales (Art. 76 del Acto Legislativo No. 1 de 1968). Sin embargo, esta Sala Constitucional carecía de autonomía en sus fallos, toda vez que éstos eran tomados por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.<sup>30</sup>

De igual manera, se mantuvo la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos del gobierno, con excepción de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución Política.

Finalmente, luego de este intento por establecer en Colombia un Tribunal Constitucional, sólo se vino a plantear esta posibilidad en el año de 1991, cuando la Asamblea Nacional Constituyente debate y aprueba la creación de una Corte Constitucional encargada de la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución, la cual se hizo realidad en la Carta Fundamental de 1991.

#### **1.4. La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1991**

La creación de la Corte Constitucional es, sin lugar a dudas, una de las más importantes innovaciones de la Constitución de 1991, lo que le permitió a esta ubicarse al nivel de las más modernas y eficientes Constituciones democráticas en el mundo. De esta forma, el constitucionalismo colombiano pasó de ser un receptor del derecho constitucional francés que se tornó *de modé* con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, a un activo beneficiario de la doctrina y la jurisprudencia constitucionales de Alemania, Italia y más recientemente España.<sup>31</sup>

La creación de una Corte Constitucional fue defendida por la gran mayoría de constituyentes, entre ellos, el Dr. Jaime Castro quien expuso ante la Asamblea Constituyente la necesidad de atribuir el control de constitucionalidad a un Tribunal especializado, así como la conveniencia de avanzar hacia el control concentrado, con el fin de evitar la multiplicidad de interpretaciones y las contradicciones de la jurisprudencia. Este proyecto de creación de la Corte

Constitucional fue aprobado en primer debate por la Plenaria de la Asamblea el 15 de junio de 1991 y, en segundo debate, el 1° de julio de 1991. El 3 de julio del mismo año, fueron aprobados por la plenaria de la Asamblea nacional constituyente los artículos transitorios que otorgaban a la Comisión Especial Legislativa facultades para desarrollar las normas correspondientes. El texto final fue publicado en la Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991.<sup>32</sup>

El artículo 10° transitorio otorgó expresas facultades a la Corte Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad sobre los decretos con fuerza de ley expedidos por el gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas mediante los primeros nueve artículos transitorios.

En virtud del artículo transitorio 22 de la Carta Política, la primera Corte Constitucional se integró por siete magistrados que fueron designados así: dos por el presidente de la República, uno por la Corte Suprema de Justicia, uno por el Consejo de Estado, uno por el Procurador General de la Nación, y los dos restantes se designaron de ternas presentadas por el Presidente de la República. Esta primera Corte funcionó hasta el 28 de febrero de 1993.

Posteriormente, la Ley 5a de 1992, ley orgánica mediante la cual se adoptó el Reglamento del Congreso, aumentó el número de magistrados de la Corte Constitucional a nueve, cuya elección se efectuó de ternas integradas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, el 1 de diciembre de 1992, fecha en la cual se integró la Corte que debía comenzar el período de ocho años para el cual fue elegida, el 1 de marzo de 1993.

Mientras la Corte Constitucional comenzaba a ejercer sus funciones, la Corte Suprema de Justicia continuó conociendo de los asuntos de constitucionalidad hasta el 17 de febrero de 1992, fecha en la cual, se instaló la Corte Constitucional por el Presidente de la República de entonces, doctor César Gaviria. Como presidente de la primera Corte, fue elegido el doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Para esa fecha, se habían radicado 47 de demandas de inconstitucionalidad, 1.005 acciones de tutela y tres decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República, en desarrollo del estado de emergencia económica y social que se había declarado a comienzos del año 1992.<sup>33</sup>

En la actualidad, la Corte Constitucional está integrada por nueve magistrados elegidos por el Senado de la Re-

30 GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. ¿Para qué una Corte Constitucional en la Colombia de 1968. Reflexiones en torno a las tensiones de los poderes públicos. En: Justicia Constitucional. El Rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Legis. 2006. Pág. 60 y 61.

31 VILA CASADO, Iván. *Los Límites de la Corte Constitucional*. Bogotá: Legis. 2005. Pág.51.

32 TOBO RODRÍGUEZ, Javier. Op. Cit. Pág. 63-72.

33 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Disponible En: [http://www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal)

pública por un periodo de ocho años, de sendas ternas presentadas de la siguiente forma: tres por el Presidente de la República; tres por la Corte Suprema de Justicia; y, tres por el Consejo de Estados. Para el caso de los magistrados de la Corte Constitucional, no opera la figura de la reelección y están inhabilitados para acceder a este cargo, quienes el año inmediatamente anterior se hubieren desempeñado como ministros del despacho o magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado. (art. 240 C.N.).

#### 1.4.1. Naturaleza y características de la función jurisdiccional

En Colombia, la jurisdicción constitucional es una función pública atribuida por mandato constitucional a determinados órganos o instituciones proveídas de competencias judiciales, cuyo objetivo principal es garantizar y asegurar la integridad, guarda y prevalencia de la Constitución. Para la Corte Constitucional, esta función contribuye eficazmente a configurar la realidad constitucional, en la medida en que su labor es la de que la Constitución trascienda su expresión formal y se convierta en Constitución en sentido material. Afirma la Corte que sin esta función:

*“la Constitución no sería norma de normas carecería de carácter coercitivo. Este carácter que puede en ciertos eventos evidenciarse a través del uso de la fuerza, en materia constitucional generalmente se hace visible con ocasión del ejercicio de la Jurisdicción Constitucional que excluye del mundo jurídico o impone la inaplicación de las normas contrarias a la Constitución y sujeta a sus dictados las conductas transgresoras.”<sup>34</sup>*

La jurisdicción constitucional tiene entonces, por objeto, posibilitar y garantizar el ejercicio del derecho fundamental de las personas a la integridad y primacía de la Constitución. Este ejercicio se cumple a través de diversos mecanismos como lo son: la acción de inexequibilidad, acción de nulidad, excepción de constitucionalidad, acción de tutela, etc. Este carácter de derecho fundamental que se le otorga a la integridad y primacía de la Constitución ha sido reconocido por la Corte Constitucional al señalar:

*“[...] la integridad y la primacía de la Constitución, consagrada por virtud del querer soberano del pueblo, es un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas –acción de inexequibilidad, acción de nulidad, excepción de constitucional, acción de tutela, etc.- se concede a ellas por la Constitución con miras a vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución,*

*se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias los derechos y las garantías de las personas”.*

Dentro de las características del control de constitucionalidad consagrado en la Constitución de 1991, la Corte Constitucional

- Es un control difuso funcional, en la medida en que su ejercicio corresponde a jueces de diferente naturaleza, e incluso se reconoce que puede ser ejercido por cualquier autoridad administrativa cuando se trata del control por vía de inaplicabilidad. Este carácter difuso no ha sido acogido unánimemente por la doctrina colombiana. Un sector de la doctrina propugna por la adopción de un control concentrado, entre ellos el tratadista Carlos Restrepo Piedrahíta para quien el modelo difuso “... lesiona gravemente dos fundamentales principios de los que informan el concepto de Estado de Derecho, a saber: el de la certeza del derecho y el de la igualdad ante la ley.”<sup>35</sup>

En defensa del carácter difuso de este control, el jurista colombiano Carlos Medellín afirma que éste no sólo debe continuar, sino que además, “[...] Debe incrementarse, y debe ampliarse como parte del derecho político de la ciudadanía misma y de la obligación de los funcionarios de respetar y hacer respetar las normas constitucionales.”<sup>36</sup>

En Colombia, puede afirmarse entonces que el control de constitucionalidad es integrado, por tratarse de la composición entre el modelo concentrado al existir un órgano que ejerce de Tribunal Constitucional: la Corte Constitucional y, el modelo difuso, en razón de la excepción de inconstitucionalidad.

- Se trata de un sistema de control constitucional democrático, al consagrarse en nuestra Constitución la acción pública para acudir a un órgano jurisdiccional a fin de que se pronuncie sobre la validez de una determinada disposición que se estima violatoria de la Carta Fundamental.
- El modelo de control constitucional colombiano encuentra su fundamento en el principio de la supremacía de la Constitución, partiendo del axioma de que ésta es la norma fundamental y, por lo tanto, la validez de las demás disposiciones del ordenamiento jurídico se encuentra jerárquicamente subordinada a

34 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 006 de mayo 12 de 1992.

35 RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. En: HINESTROSA, Fernando y otros. *Aspectos del control Constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1984. Pág. 32.

36 MEDELLÍN, Carlos. *Ibid.* Pág. 28.

ella. Para García de Enterría, la Constitución es esa la primera de las "normas de producción", la norma normarum, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que

*"la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia [...] o duración [...], lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido".*<sup>37</sup>

- La jurisdicción constitucional tiene por finalidad esencial asegurar y garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas, para lo cual se han consagrado las acciones de inexecutable o nulidad, dependiendo de si el agravio a los derechos se origina en una ley o en un acto administrativo.
- El sistema de control de constitucionalidad tiene por objeto asegurar el funcionamiento del Estado dentro de los parámetros de la voluntad constituyente. En este sentido constituye la garantía básica del Estado Constitucional de derecho, en donde el poder público (ejecutivo, legislativo y judicial) se origina en el pueblo y se ejerce conforme a los preceptos constitucionales. De esta manera,

*"[...] La jurisdicción constitucional asegura que efectivamente todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos entre otros las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional."*<sup>38</sup>

- La jurisdicción constitucional garantiza el principio de la autonomía y descentralización administrativa de las entidades territoriales, de manera que, como lo afirma la Corte Constitucional,

*"[...] Leyes y actos administrativos que desconozcan el grado de autonomía constitucionalmente reconocido a las entidades territoriales, que expresan una forma de división vertical del poder del Estado, se exponen a ser proscritos del ordenamiento al ponerse en marcha variados mecanismos de control constitucional."*<sup>39</sup>

## 1.4.2. Funciones de la Corte Constitucional

Dentro de las funciones conferidas a la Corte Constitucional, el artículo 241 de la Constitución de 1991 establece que a este tribunal se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

## 1.4.3. Modalidades del Control constitucional en Colombia

En nuestro país encontramos diversos mecanismos de control de constitucionalidad, entre ellos los controles por vía de acción y por vía de excepción. Dependiendo del momento o instancia en que se ejerce, podemos hablar de un control previo y un control posterior.

### 1.4.3.1. Controles por vía de acción

Dentro de estos mecanismos encontramos la acción pública de inconstitucionalidad, la acción pública de nulidad y la acción de tutela.

**Acción pública de inconstitucionalidad (acción de inexecutable).** Está instituida a favor de todos los ciudadanos colombianos que quieran acudir, en interés público, ante la Corte Constitucional para impugnar la inexecutable de los actos consagrados en el artículo 241, numerales 1, 4 y 5 constitucionales, a saber:

1°. Actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen sólo por vicios de procedimiento en su formación.

4°. Leyes, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento en su formación.

5°. 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.

La acción pública de inconstitucionalidad puede incoarse en cualquier tiempo, salvo por vicios de forma, caso en el cual opera un término de caducidad de un año contado a partir de la publicación del acto. En cuanto a la sentencia, ésta produce efectos erga omnes, es definitiva y constituye cosa juzgada constitucional.

**Acción pública de nulidad.** Este mecanismo está relacionado con la cláusula residual de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Consejo de Estado y Tribunales Contencioso Administrativos) respecto del control de constitucionalidad de los actos jurídicos dictados por el Gobierno Nacional: Este carácter residual

37 GARCÍA DE ENTERRÍA. Op. Cit. Pág. 49-50.

38 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-006 de mayo 12 de 1992.

39 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-006 de mayo 12 de 1992.

significa que sólo en aquellos casos no previstos en el artículo 241 constitucional como de competencia expresa de la Corte Constitucional, la inconstitucionalidad de un acto jurídico del Estado es competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Dentro de la acción pública de nulidad encontramos: la acción de nulidad por inconstitucionalidad, cuyo conocimiento es de competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado procede contra decretos del gobierno que se dicten en ejercicio de función distinta a la administrativa Art. 237 C.N.); y, la acción pública de nulidad contra actos administrativos (art. 84 C.C.A.), la cual tiene por objeto garantizar el respeto del orden jurídico.

**La Acción de Tutela.** Su carácter de control de constitucionalidad obedece a que la actividad judicial a través de la cual se desarrolla la acción de tutela es del ámbito de la jurisdicción constitucional. Es una acción pública de protección de los derechos fundamentales, lo cual significa que toda persona tendrá acción para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. (Este tema será desarrollado con mayor profundidad en el siguiente punto).

#### 1.4.3.2. Controles por vía de excepción

Se fundamenta en el principio de la supremacía de la Constitución consagrado en el art. 4º constitucional, según 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”. Este mecanismo de control tiene por objeto la salvaguarda de la Constitución y persigue que en un determinado caso, el juez o autoridad que tenga su conocimiento, al momento de tomar una decisión se abstenga de aplicar una norma por considerarse contraria a la Constitución.

A diferencia del control por vía de acción, en este control el respectivo funcionario sólo puede abstenerse de aplicar la norma en el caso objeto de decisión, por lo que la decisión es de efecto relativo y no erga omnes y, por lo tanto, la norma conserva su vigencia dentro del ordenamiento jurídico.

Además de las anteriores, dentro del control de constitucionalidad encontramos: el control previo y el control automático. Estos mecanismos se caracterizan por no requerir interposición de acciones. Dentro del control previo encontramos: el control previo de proyectos de ley objetados por el Presidente de la República (art. 166, 167 y 241 num. 8º C.N.); control previo de proyectos de ley estatutaria (art. 241 num. 8º y 153 C.N.); Control previo de tratados y de sus leyes aprobatorias (art. 241, num. 10).

El control automático lo ejerce la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 241 numeral 7º, sobre los decretos legislativos (arts. 212, 213 y 215 constitucionales). Este control es posterior y tiene por finalidad que la Corte se pronuncie de manera definitiva sobre la constitucionalidad de la norma, para lo cual es obligación del Gobierno enviar a la Corte Constitucional el respectivo decreto, a más tardar al día siguiente de su expedición. En caso de que el Gobierno no cumpla con esta obligación, la Corte aprehenderá de oficio su conocimiento.

#### 1.5. La acción de tutela

En este punto se desarrollará la Institución de la Acción de Tutela como mecanismo de garantía y protección judicial de los derechos fundamentales.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se introdujo en el sistema jurídico colombiano una serie de mecanismos de protección judicial de los derechos fundamentales consagrados en dicho Estatuto Superior. Estos mecanismos responden a una exigencia del derecho internacional y constituyen un importante logro dentro del constitucionalismo colombiano, ya que a través de ellos los derechos dejan de ser postulados inermes y se convierten en mandatos activos al poder ser reclamados en forma inmediata ante su eventual o real pérdida, menoscabo o amenaza. De manera que a través de estos mecanismos se alcanza un mayor equilibrio entre el poder público del estado, las actuaciones del Estado y los particulares y los derechos, garantías y libertades de las personas. Uno de esos mecanismos de protección inmediata de los derechos fundamentales es la Acción de Tutela, figura que en otras constituciones, por ejemplo en la Constitución mexicana, se conoce como Derecho de Amparo.

Para Carlos Betancur Jaramillo, Magistrado del Consejo de Estado, con la acción de tutela el constituyente quiso “poner a disposición de todas las personas, aún las jurídicas, un mecanismo jurisdiccional de control efectivo, expedito e inmediato para la salvaguarda de sus derechos fundamentales, bien para prevenir su vulneración o para evitar que el perjuicio se torne irremediable.”<sup>40</sup>

La acción de tutela es uno de los mecanismos constitucionales de mayor aceptación y utilización para la protección de los derechos fundamentales, en razón a su eficacia y celeridad. Esta instituida para proteger las libertades (civiles y políticas) frente a los abusos de las autoridades o de los particulares; así mismo, a través de ella puede garan-

40 BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *La Tutela. Pensamiento Jurídico*. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico No. 7. Bogotá: Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia. P. 27.



tizarse la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida en que estos sean considerados como fundamentales. También puede garantizarse a través de este mecanismo la vigencia de derechos colectivos, cuando su vulneración o afectación puede conllevar el desconocimiento de un derecho fundamental. Por ello, tal y como lo afirma Manuel Barreto (Comisión Nacional de Juristas), "la tutela ha comenzado a contribuir al esfuerzo por reducir el autoritarismo del Estado, por avanzar en la búsqueda de la justicia social y en la protección del ambiente. Extendida su capacidad de amparo a todas las esferas de la carta de derechos, la tutela opera como uno de los instrumentos que sirve a la construcción de una sociedad justa."<sup>41</sup>

La tutela es un mecanismo de protección que se ejercita a través no de una acción litigiosa, sino a través de una acción judicial que propende por el equilibrio de los derechos fundamentales.

### 1.5.1. Concepto y característica de la acción de tutela

El tratadista Norbert Losing, considera que el recurso de amparo, como también se conoce a la acción de tutela, tiene por finalidad hacer realidad los derechos fundamentales previstos en la Constitución y abrir el acceso del ciudadano a la justicia constitucional y es considerado como un recurso extraordinario que no tiene carácter de medida cautelar o de proceso sumario, sino de solución definitiva de una posible violación a la Constitución. Por ello, "la sentencia o resolución de un amparo constitucional no se realiza en un procedimiento sumario y es definitiva e irrecorrible a nivel nacional, además son vinculantes para todos los Poderes del Estado, así como para los otros tribunales; eficacia vinculante que se extiende a la ratio decidendi (fundamentos jurídicos)."<sup>42</sup>

Para el tratadista Felipe Tena Ramírez, la acción de tutela es básicamente una garantía del derecho interno, pero hoy día lo reconoce también el derecho internacional: La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 proclamó que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley"<sup>43</sup>.

Para el tratadista colombiano Diego Younes Moreno, la Acción de Tutela consiste "en la posibilidad de reclamar

ante los jueces, mediante un procedimiento sumario, la protección de los derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por una autoridad pública y procede cuando no se disponga de otro medio judicial de defensa."<sup>44</sup>

Los constituyentes Jaime Arias López y Juan Carlos Esguerra Portocarrero han señalado que

*"la tutela se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual. Sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública."*<sup>45</sup>

De las anteriores definiciones y, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, pueden señalarse las siguientes características de la acción de tutela:

- **Es de carácter subsidiaria y residual.** Significa que la acción de tutela sólo procede en ausencia o ante la inexistencia de otros mecanismos adecuados de defensa, es decir, que es aplicable en aquellos en los cuales no existan recursos ordinarios que permitan la defensa del derecho constitucional fundamental vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o de particulares.

La Corte Constitucional en sentencia T-193 de 1993 resalta el carácter subsidiario de la acción de tutela al señalar:

*"Según criterio reiterado de esta Corporación, la acción de tutela es de carácter subsidiario, lo cual significa que solo proceda como amparo inmediato y efectivo frente a situaciones irregulares de hecho generadas por actos u omisiones que conlleven a la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, para cuya defensa el sistema jurídico no prevé otro mecanismo de protección ante los jueces a fin de garantizar la efectividad de los postulados constitucionales en defensa de los intereses y derechos de la persona."*<sup>46</sup>

- **Carácter transitorio.** Esta característica hace referencia a la decisión del juez de tutela, en la cual, además, no se define el fondo del asunto, quedando por tanto

41 BARRETO, Manuel. *Aspectos Constitucionales de la Acción de Tutela*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas. p. 104.

42 LOSING, Norbert. *El Recurso de amparo constitucional en Alemania: similitudes y diferencias con la tutela colombiana*. Tomado de: Revista de Derecho Público No. 18. Bogotá: unianandes. Enero de 2005. p. 99 y 112.

43 TENA RAMÍREZ Felipe, "El aspecto mundial del amparo. Su expansión Internacional". Madrid: Edit. Porrúa, 1986.

44 YUNES MORENO, Diego. La Acción de Tutela (Origen, evolución y agitación de la figura). En Revista de derecho Público No. 18. Bogotá: Ediciones Uniandes. Enero de 2005. p. 86.

45 ARIAS LÓPEZ, JAIME y ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y del Orden Público. Informe ponencia. Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 77. 1991. p. 9.

46 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-193 de 1993. M.P. José G. Hernández Galindo.

abierta la posibilidad para las partes de recurrir a las vías ordinarias en caso de ser necesario para la definición del derecho en litigio.

- **Es de carácter preferente y sumario.** Esta condición es de carácter procedimental y se refiere al desplazamiento que el trámite de tutela hace de otros asuntos de conocimiento judicial, además de que la tutela puede decidirse con las pruebas aportadas por el accionante, aún cuando sean de naturaleza informal y no han sido controvertidas, lo cual no significa que en materia de pruebas se tenga absoluta libertad, ya que las mismas deben ajustarse a lo dispuesto en la Constitución y la ley.
- **Es de carácter inmediato.** Esta característica se desprende del objetivo mismo de la acción de tutela cual es el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. En relación con la inmediatez, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela:

*"[...] ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Por consiguiente, ... no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes,..."*<sup>47</sup>

Pero para que esta característica de inmediatez de la acción de tutela se aplique es condición esencial que la misma se ejercite en el momento de la amenaza o violación del respectivo derecho fundamental. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al señalar que: "si como se contempla en el artículo 86 de la Constitución, con la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, ... es imprescindible que su ejercicio tenga lugar dentro del marco de ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos"<sup>48</sup>.

Para la corte, la procedibilidad de la acción de tutela exige su interposición dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, de tal manera que la acción no se convierta en un factor de inseguridad jurídica, ni en una herramienta que premie la desidia, la negligencia o la indiferencia de los

actores.<sup>49</sup> Para ello, "...el juez constitucional debe constatar: '... si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes ...'<sup>50</sup>.

En consecuencia, para que proceda la acción de tutela se requiere que se interponga dentro de unos términos de razonabilidad, en caso contrario, el accionante debe esgrimir una justa causa para el no ejercicio oportuno de dicha acción.

Los tratadistas colombianos Mauricio García Villegas y César Rodríguez señalan como características de la acción de tutela:

*"(1) Puede ser utilizada por cualquier persona sin necesidad de abogado ni de documentación escrita; (2) en principio, solo protege los derechos fundamentales, no los derechos sociales. Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que cuando uno de estos derechos se encuentre en conexidad directa con un derecho fundamental, puede emplearse la acción; con ello, todos los derechos son, en potencia, objeto de tutela; (3) Todos los jueces de la República conocen de acciones de tutela. Todas las decisiones judiciales de tutela llegan a la Corte Constitucional y ésta revisa las que considera más importante (aproximadamente el 1%); (4) su procedimiento es sencillo y rápido: el juez debe decidir en ocho días y tomar las medidas eventuales para proteger el derecho fundamental; (5) se puede interponer contra autoridades públicas o privadas; (6) estos parámetros normativos determinan un marco amplio de interpretación y aplicación judicial de los textos constitucionales en donde lo moral, lo político y lo jurídico mantienen fronteras difusas."*<sup>51</sup>

### 1.5.2. Naturaleza jurídica de la acción de tutela

La acción de tutela es un instrumento de aplicación de la Constitución Política dentro de un Estado social de derecho, en la medida en que ha sido instituida para que la autoridad competente aplique la norma superior, teniendo en cuenta la prevalencia de la justicia material sobre la justicia formal, es decir que dentro del objetivo de hacer cumplir la Constitución, el operador judicial ha de anteponer el derecho sustancial sobre los formalismos legales, "contribuyendo al tránsito de un Estado formal de derecho a un Estado material de derecho, en el que se respeta y protege a la persona humana como razón de ser de la organización política a la cual le han sido señalados como propósitos los de servir a la comunidad, promover

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Sentencia T-575 de 2002.

<sup>49</sup> Sentencias T-575 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-900 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>50</sup> Sentencia SU-961 de 1999.M.P.Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>51</sup> GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César. La Acción de Tutela. El Caleidoscopio de la Justicia en Colombia. Bogotá: 1996. p. 423 - 424.

la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.<sup>52</sup> Función pública regulada en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que en su los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en ellas, artículo 1° señala: “La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.”

La naturaleza jurídica de la acción de tutela permite ubicarla dentro del contexto del derecho procesal constitucional ya que, como lo afirma Héctor Fix-Zamudio, hace parte “...del conjunto de instrumentos normativos por medio de los cuales pueden resolver los conflictos y repararse las violaciones de los principios y disposiciones fundamentales, instrumentos que también pueden calificarse como garantías constitucionales.”<sup>53</sup>

### 1.5.3. Aspectos constitucionales de la acción de tutela

Los Estados Constitucionales modernos son garantes últimos de la vigencia del Estado Social, lo cual se hace efectivo mediante la protección permanente de los derechos fundamentales, a través no sólo de la acción de constitucionalidad, sino también a través de la acción de tutela o amparo. En estos modelos de Estado, se observa una especial relevancia política y social al poder judicial, especialmente en países donde se ejerce un control de constitucionalidad difuso; de manera que se obtiene la protección de los derechos fundamentales y el restablecimiento inmediato en el evento de vulneración, mediante procesos sumarios que obligan y vinculan a todos los poderes del Estado. De acuerdo con esta nueva concepción del Estado, el derecho no se entiende solo dentro del contexto de la ley, es decir, que no está conformado únicamente por reglas, sino que también dentro del mismo convergen valores y principios, y toda la axiología constitucional con carácter de supremacía, prevalencia y normatividad directa.

Pasar de un Estado de derecho a un Estado Social de derecho conlleva una nueva concepción de las funciones estatales y de las diferentes ramas del poder público, las cuales han de ajustarse a las obligaciones y principios que gobiernan esta forma de Estado (social de derecho), la cual se fundamenta en nuevos valores y derechos espe-

cialmente de segunda y tercera generación de derechos humanos y se caracteriza por la creación de instituciones y mecanismos de participación democrática, de control político y jurídico del poder y, por la consagración de un serie de principios y derechos fundamentales que son la base para la interpretación y funcionamiento de la organización política. Dentro de esta nueva forma de Estado acogida por la Constitución de 1991, la acción de tutela se instituye como un instrumento jurídico a favor de las personas para que, ante la amenaza de uno o más derechos constitucionales fundamentales, puedan acudir ante el poder judicial para que éste, en aplicación directa de la Constitución, resuelva los conflictos entre aquellas y las autoridades y de los particulares entre sí.

La acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política que en el inciso 1° reza: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.”

Como antecedentes históricos que dieron lugar a la institucionalización de la acción de tutela dentro del constitucionalismo colombiano pueden señalarse una serie de factores sociales y políticos que conllevaban unos altos niveles de violación de los derechos. Dentro de estos factores se han señalado la reiterada conducta arbitraria de las autoridades en su relación con los particulares, relación que se caracteriza por ser desigual a favor de las primeras; la violencia entre particulares que afectaba en suma la convivencia y la paz social; la inoperancia de los procesos judiciales, caracterizados por su lentitud e ineficacia; y, la deficiencia notable del sistema de protección constitucional de los derechos de la Constitución de 1886, debido a la inexistencia de un mecanismo general de control material de constitucionalidad, plasmado en una acción judicial rápida y eficaz que permitiera a las personas la defensa inmediata de sus derechos.<sup>54</sup>

### 1.5.4. La acción de tutela en el derecho comparado

Antes de analizar la figura de la acción de tutela en el Derecho Comparado, resulta pertinente reseñar de forma breve los antecedentes de esta institución. Así, en el derecho romano encontramos la institución de *intercessio magistratus*, que se consagró como medio de defensa contra

52 TOBO RODRÍGUEZ, Javier. La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia. Bogotá: ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 1996. p. 207-208.

53 FIX-ZAMUDIO, Héctor. La Problemática contemporánea de la participación de justicia y el derecho constitucional. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado. Bogotá: Externado de Colombia. 1993. Tomo II. P. 122

54 BARRETO, Manuel. Aspectos Constitucionales de la Acción de Tutela. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas 2005. p. 106.

los abusos de las autoridades. La *intercessio*, que a principios del imperio, evolucionó para dar origen a la *appellatio*, permitía a un magistrado de igual o superior jerarquía vetar las decisiones de otro funcionario, no solo anulándolas sino reemplazándolas. La *intercessio magistratus* estaba complementada con la *homo libero* exhibiendo, que prosperaba contra actos provenientes de los particulares, reducido, a la detención arbitraria que el acreedor hacía de la persona de su deudor.<sup>55</sup>

En el derecho inglés encontramos la figura del *common law* que se desprende de la figura del *habeas corpus* y consiste en que ninguna persona libre podía ser arrestado o detenido en prisión, sino por el juicio legal de sus pares o por la ley de su país, impidiendo además que ese arresto fuese injustamente retardado. Esta institución entró a formar parte del derecho positivo inglés en el año de 1215 y en el año de 1679 se convirtió en el estatuto regulador del *habeas corpus*, como garante procesal de la libertad personal. En el derecho estadounidense, la protección de los derechos fundamentales se efectiviza a través de un conjunto de instituciones entre las que se destaca el *Writ of Injuntion* (excepción de inconstitucionalidad), por medio del cual se busca que el tribunal suspenda o impida la ejecución de una ley o acto de autoridad, en materia civil o administrativa que viole la Constitución, y el *Writ of Mandamus*, que tiene la misma función que la anterior, pero a través de esta se ordena la realización de una conducta que la autoridad ha omitido.

**El amparo constitucional en el derecho alemán.** Al igual de lo que ocurre en el constitucionalismo colombiano con la acción de tutela, en Alemania el llamado amparo constitucional significa uno de los principales logros del derecho constitucional procesal dentro del propósito de salvaguardar y hacer realidad los derechos constitucionales fundamentales y garantizar el acceso del ciudadano a la justicia constitucional.

En el derecho alemán, además del fin de protección de los derechos fundamentales subjetivos, también se persigue a través del amparo constitucional desarrollar el derecho constitucional objetivo. En un principio, este recurso no fue consagrado en la Constitución alemana, sino en la Ley del Tribunal Constitucional Federal (LTCF) de 1951. Sólo en el año de 1969 se le otorgó carácter constitucional al establecerse en el numeral 4 párrafo 1 del artículo 93 de la Ley Fundamental de Bonn que: "El tribunal Constitucional Federal conoce:... 4a. De recursos de amparo que pueden ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por

los poderes públicos en alguno de sus derechos fundamentales o de los derechos contenidos en los arts. 20 Párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104."<sup>56</sup>

Una de las particularidades del recurso de amparo constitucional alemán es la exigencia del agotamiento previo de la vía judicial, de manera que el amparo es un recurso extraordinario, sin que pueda considerarse como una medida cautelar o un trámite sumario, sino como un proceso de solución definitiva de una posible violación de la Constitución. Este recurso puede estar dirigido contra actos y omisiones de los poderes públicos, en la medida en que tengan relevancia frente a los derechos fundamentales, con excepción de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional Federal, las cuales no son susceptibles de recurso nacional alguno. Además, a diferencia de lo que ocurre con la tutela en Colombia, el recurso de amparo alemán no procede contra los particulares, sino que obliga al poder público a tener en cuenta los derechos fundamentales también en la regulación o resolución de cuestiones entre privados.<sup>57</sup>

Del amparo constitucional alemán puede ser titular cualquier persona; sin embargo debe tenerse en cuenta si se es titular de derechos fundamentales o de derechos asimilables a éstos. Ello, en razón a que la Ley Fundamental alemana distingue entre los derechos de los alemanes, los derechos fundamentales para extranjeros y los derechos fundamentales para todos. De manera que la legitimación para interponer una acción de amparo depende, en cierta forma, del derecho vulnerado. De igual forma se distingue entre personas naturales y personas jurídicas. Se exige además, que el derecho fundamental o asimilable cuyo amparo se pretende debe ser afectado o agraviado en forma personal, actual e inmediata. Finalmente, en cuanto a los efectos, las sentencias de amparo constitucional proferidas por el Tribunal Constitucional son definitivas e irrecurribles a nivel nacional; son vinculantes para todos los poderes del Estado y para los otros tribunales, eficacia vinculante que se extiende a los fundamentos jurídicos (*ratio decidendi*).<sup>58</sup>

**El juicio de amparo mexicano.** Ya desde el año de 1857, la Constitución mexicana consagraba esta institución, la cual tenía por finalidad la protección de los derechos fundamentales de naturaleza constitucional; velar por la aplicación de la legalidad al caso concreto; y, la inaplicación de una ley al caso concreto por razones de inconsti-

55 ÁLVAREZ, Fernando y Monroy, Marcela. Módulo sobre la Acción de Tutela. Bogotá: Ministerio de Justicia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 1993. p. 26 - 27.

56 LOSING, Norbert. El recurso de amparo constitucional en Alemania: similitudes y diferencias con la tutela colombiana. Tomado de Revista de Derecho Público No. 18, enero de 2005. Bogotá: Universidad de los Andes. p. 100.

57 Ibidem. p. 99-105.

58 Ibidem. p. 107, 108, 112.



tucionalidad. Como podemos observar en el juicio de amparo mexicano convergen tres instituciones del derecho colombiano: la acción de tutela, el recurso de casación y la excepción de inconstitucionalidad.

## **Conclusiones**

Las órdenes o decisiones contenidas en los fallos de tutela materializan el poder de actualización y concreción de los derechos constitucionales fundamentales que radica en el juez. Ello en razón a que el operador judicial en su fallo ordena actuaciones específicas encaminadas específicamente a la protección inmediata y eficaz del derecho constitucional fundamental cuya protección se solicita ante la vulneración o amenaza causada por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Esta potestad otorgada a los jueces de dejar sin efectos las decisiones y actuaciones de las autoridades emerge de la necesidad de garantizar a los conciudadanos el pleno goce de sus derechos fundamentales constitucionales, restituyéndolos, de ser posible, al estado anterior a la violación. Los jueces, encabezados por la Corte Constitucional, tienen ahora una mayor capacidad para actuar como controles de la administración, lo cual ratifica y garantiza el sometimiento de las autoridades a los marcos del estado de derecho y en el mejor cumplimiento de sus fines sociales.

La Corte Constitucional ha sostenido a través de sus fallos que sus competencias no están determinadas por la necesidad de conservar las normas sometida a su examen o expulsarlas del ordenamiento jurídico. Considera, en cambio, que sus fallos pueden ser de diferentes tipos, en atención a la teoría de modulación de las sentencias, a saber: El primero de ellos, es el de constitucionalidad condicionada, en donde no se trata de alterar el texto sometido a escrutinio constitucional, sino, apenas de la selección de las opciones interpretativas que armonizan con la nor-

matividad superior (C/496 de 1994). En segundo lugar, ha señalado la Corporación que si bien las sentencias de inconstitucionalidad deben tener de ordinario un efecto inmediato, ella puede disponer que los efectos de tal declaratoria sólo se produzcan a partir de una fecha futura (Sentencia C/221 de 1997), o que por el contrario, tenga alcance retroactivo (Sentencia C/1433 de 2000).

Las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, va más allá de las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. Las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.

Los efectos de la acción de tutela no se circunscriben a la esfera de lo político, sino que puede verse también como esta acción comienza a contribuir a la transformación de los patrones culturales. Numerosos han sido los fallos en los que, de acuerdo con los nuevos cánones constitucionales, se sientan antecedentes que tienden a la modificación de más anquilosadas y autoritarias relaciones entre profesores y alumnos, entre padres e hijos, o entre medios de comunicación y ciudadanos, para no citar sino dos ejemplos de ámbitos ciudadanos que, como el sistema educativa, la familia y el debate público, son determinantes en el proceso de socialización de los individuos, en la formación de su personalidad, en su crecimiento como ciudadanos y en la democratización de la opinión pública.<sup>59</sup>

---

59 BARRETO, Manuel. *Aspectos Constitucionales de la Acción de Tutela*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas. p. 105



## Referencias

ALEXY, Roberts. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. 1993.

ÁLVAREZ, Fernando y MONROY, Marcela. Módulo sobre la acción de Tutela. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 1993.

ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis. 2005.

ARIAS LÓPEZ, JAIME y ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y del Orden Público. Informe ponencia. Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 77. 1991.

BARRETO, Manuel. *Aspectos Constitucionales de la Acción de Tutela*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas. 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. La Tutela. Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico No. 7. Bogotá: Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia.

BOROWSKI, Martín. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002.

CAMARGO, Pedro Pablo. *Manual de Acción de tutela*. 2ª edición. Bogotá: Leyer. 1996.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *El Papel de la Corte Constitucional y la Tutela en la realización del Estado Social de Derechos*. Bogotá. 2005.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. En: [http://www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá: Legis. 1998.

CELOTTO, Alfonso. Formas y Modelos de Justicia Constitucional. Un Vistazo General. En [ww.circulodoxa.org/documentos](http://ww.circulodoxa.org/documentos).

ESCOBAR MARTÍNEZ, Marcela. *La Actividad Constitucional del Consejo de Estado Colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Vniversitas. Enero-junio de 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. 2ª edición. Madrid: editorial Trotta. 2001.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La Problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado. Bogotá: Externado de Colombia. 1993. Tomo II.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª edición. Civitas. Madrid 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: editorial Civitas S.A. 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: editorial Civitas S.A. 1991.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César. *La Acción de Tutela. El Caleidoscopio de la Justicia en Colombia*. Bogotá. 1996.

GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. ¿Para qué una Corte Constitucional en la Colombia de 1968? Reflexiones en torno a las tensiones de los poderes públicos. *Justicia Constitucional. El Rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Legis. 2006.

HABERMAS, Jürgen. "Tres modelos normativos de democracia" en *La Inclusión del Otro*. Barcelona: Paidós. 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. de Jiménez Redondo, Manuel. Madrid: Trotta 1998.

HART, Elí John. *Democracia y desconfianza. Una Teoría de Control Constitucional*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Siglo del Hombre. 2002.

KELSEN, Hans. *La Garantía Constitucional de la Constitución*. Madrid. 1984.

KELSEN HANS. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos S.A. Madrid: 1995.

KENNEDY, Duncan. *La Libertad y Restricciones de la Decisión Judicial*. Bogotá: ediciones Uniandes. Facultad de Derecho. 2002.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. 2ª edición. Bogotá: Legis. 2000.

LOSING, Norbert. El Recurso de amparo constitucional en Alemania: similitudes y diferencias con la tutela colombiana. En *Revista de Derecho Público* No. 18. Bogotá: Uniandes, Enero de 2005.

MORENO ORTÍZ, Luis Javier. La Justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana. En: *Justicia Constitucional. El Rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Legis. 2006.

MORENO VELÁSQUEZ, Carolina. *Decisiones económicas de la corte constitucional. Estado social de derecho, economía y justicia constitucional. Una Trilogía compleja*. Universidad de los Andes. Bogotá 2002.

MORENO VELÁSQUEZ, Carolina. *Estado Social de Derecho, Economía y Justicia Constitucional: Una Trilogía Compleja*. Bogotá: Universidad de los Andes. 2002.

PÉREZ, FRANCISCO DE PAULA, *Derecho constitucional colombiano*, Ediciones Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas Bogotá, 1992.

PERRY, Michael J. *Morality, Politics and Law*. En HABERMAS, Jürgen. "Tres modelos normativos de democracia" en *La Inclusión del Otro*. Barcelona: Paidós. 1999.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: editorial Trotta. 2003.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. En: *HINESTROSA, Fernando y otros. Aspectos del control Constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1984.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la constitución*. Prólogo de Pedro Vega. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Editorial Tecnos. 1983.

SANIN RESTREPO y Otros, Ricardo. *Justicia Constitucional*. Bogotá: Legis. 2006.

SOTELO, Luis Carlos. Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas. *Archivos de macroeconomía* Documento 133 - Departamento Nacional de Planeación. 2000.

TENA RAMÍREZ Felipe, *El aspecto mundial del amparo. Su expansión Internacional*. Madrid: Edit. Porrúa, 1986.

TOBO RODRÍGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y El Control de Constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá 2000.

TOBO RODRÍGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y El Control de Constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 1996.

UPRIMNY, Rodrigo. *Justicia constitucional, derechos sociales y economía*. Bogotá: Pensamiento Jurídico 2000.

YOUNES MORENO, Diego. La Acción de Tutela (Origen, evolución y agitación de la figura). En Revista de Derecho Público No. 18. Bogotá: Ediciones Uniandes. Enero de 2005.

REVISTA DE DERECHO No. 16, v y II. Universidad del Norte. 2001.

VESCOVI, Enrique. *La Protección Procesal de las garantías individuales en América Latina*. Edit. Civitas, S.A. 1982.

VILLA CASADO, Iván. Los límites de la Corte Constitucional. Bogotá: Legis. 2006. [www.circulodoxa.org/documentos](http://www.circulodoxa.org/documentos)

ZAMUDIO, H. Fix. *La Protección Jurídica y Procesal de los derechos Humanos ante las Jurisdicciones nacionales*. Madrid: Civitas. 1982.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO. Acción de Tutela. Bogotá: Ediciones Uniandes. Enero de 2005.

REVISTA DE DERECHO No. 16, v y II. Universidad del Norte. 2001.

REVISTA DE TEORIA DEL DERECHO Y ANÁLISIS JURÍDICO No. 7. La Acción de Tutela. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 1977.

### **Sentencias del Consejo de Estado**

CONSEJO DE ESTADO, salvamento de voto del consejero ANTONIO JOSÉ PRIETO, S. de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de marzo de 1955, *Anales de Consejo de Estado*, LXI del 382 al 386.

### **Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.**

Sentencia T- 006 de mayo 12 de 1992.

Sentencia T-193 de 1993. M.P. José G. Hernández Galindo.

Sentencias T-575 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-900 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia SU-961 de 1999.M.P.Vladimiro Naranjo Mesa.