

Boletín N° 28

del
Instituto de Estudios
Constitucionales
Escuela de Derecho

DIRECTOR: LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

LA CRISIS DE LA COMUNIDAD ANDINA

Héctor Helí Rojas Jiménez

**EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA NO COMERCIANTE:
HISTORIA DE UN FRACASO**

Luis Javier Moreno Ortiz

**¿EXISTE CONTRADICCIÓN O NO, ENTRE LA PROMULGACIÓN DE LEYES
DE AMNISTÍA Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS?**

Juan Ángel Palacio Hincapié

**EL DERECHO DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SU IMPORTANCIA EN
EL CONTEXTO JURÍDICO ACTUAL: IMPORTANTE RECORRIDO PARA SER
RECORDADO**

Julieta Arenas Ceballos

**MUTATIO SUBSTITUTIOQUE VERSUS REFORMATIO AB STATUS CONSTITU-
TIONE. ANÁLISIS A LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN**

Luis Felipe Téllez Rodríguez

**UN ANÁLISIS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD
POR INCONSTITUCIONALIDAD A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN**

Juan Camilo Loaiza Ortiz

LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (1886 – 1991)

Diego Alfredo Zambrano Garrido



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales

LA CRISIS DE LA COMUNIDAD ANDINA

©*Héctor Helí Rojas Jiménez*

EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA NO COMERCIANTE:

HISTORIA DE UN FRACASO

©*Luis Javier Moreno Ortiz*

¿EXISTE CONTRADICCIÓN O NO, ENTRE LA PROMULGACIÓN DE LEYES
DE AMNISTÍA Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS?

©*Juan Ángel Palacio Hincapié*

EL DERECHO DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SU IMPORTANCIA EN EL CONTEXTO

JURÍDICO ACTUAL: IMPORTANTE RECORRIDO PARA SER RECORDADO

©*Julieta Arenas Ceballos*

MUTATIO SUBSTITUTIOQUE VERSUS REFORMATIO AB STATUS CONSTITUTIONE

ANÁLISIS A LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

©*Luis Felipe Téllez Rodríguez*

UN ANÁLISIS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD

POR INCONSTITUCIONALIDAD A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

©*Juan Camilo Loaiza Ortiz*

LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (1886 – 1991)

©*Diego Alfredo Zambrano Garrido*

Primera edición: octubre a diciembre de 2011.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131.

www.usa.edu.co

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.

Corrección de Estilo: Rodrigo Naranjo.

Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

*“Quien tiene demasiadas palabras,
no puede estar sino solo”.*
Elias Canetti

CONTENIDO

LA CRISIS DE LA COMUNIDAD ANDINA <i>Héctor Helí Rojas Jiménez</i>	7
EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA NO COMERCIANTE: HISTORIA DE UN FRACASO <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i>	19
¿EXISTE CONTRADICCIÓN O NO, ENTRE LA PROMULGACIÓN DE LEYES DE AMNISTÍA Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS? <i>Juan Ángel Palacio Hincapié</i>	49
EL DERECHO DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SU IMPORTANCIA EN EL CONTEXTO JURÍDICO ACTUAL: IMPORTANTE RECORRIDO PARA SER RECORDADO <i>Julieta Arenas Ceballos</i>	61
MUTATIO SUBSTITUTIOQUE VERSUS REFORMATIO AB STATUS CONSTITUTIONE ANÁLISIS A LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN <i>Luis Felipe Téllez Rodríguez</i>	73
UN ANÁLISIS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN <i>Juan Camilo Loaiza Ortiz</i>	95
LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (1886 – 1991) <i>Diego Alfredo Zambrano Garrido</i>	115

LA CRISIS DE LA COMUNIDAD ANDINA

*Héctor Helí Rojas Jiménez**

RESUMEN

La Comunidad Andina (CAN) se encuentra en una situación de crisis, que no es nueva. Desde los comienzos del proceso de integración se advirtieron fisuras estructurales que no han permitido crear un arancel externo común, que lleve a constituir una unión aduanera que conduzca a un Mercado Común Andino. El voluntarismo Presidencial y el reiterado desconocimiento de la normativa Andina y de las Sentencias del Tribunal Andino de Justicia pueden ser las causas principales de la crisis. Sin embargo la CAN tiene un valor intrínseco que justifica pensar en mantenerla.

Expresiones clave:

Comunidad Andina, Integración Regional, Voluntarismo Presidencial, Normativa Andina, comercio Intra Andino.

ABSTRACT

The Andean Community (CAN) is facing a crisis that is not new. Since the beginning of the integration process some structural cracks were noticed. Those cracks have not allowed the creation of a common external tariff, which lead to the construction of a customs union that entails an Andean Common Market. The presidential voluntarism and the constant ignorance about the Andean Regulation and the decisions of the Andean Court of Justice may be the main causes of this crisis. Nevertheless, the CAN has an intrinsic value that justifies bearing in mind the idea of keeping it.

Keywords:

Andean Community, Regional Integration, Presidential Voluntarism, Andean Regulation, Intra-Andean Market.

* Magíster en Análisis de Problemas Políticos Económicos e Internacionales Contemporáneos. Magíster en Economía y Ciencias Políticas. Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, en Derecho Administrativo y en Derecho Constitucional Comparado. (hectorhelirojas@yahoo.com)

1. ¿La CAN en peligro de desaparecer?

Podríamos aceptar como verdad evidente que la Comunidad Andina (CAN) está en una profunda crisis. Así lo señalan expertos en temas de integración regional, y así mismo lo percibimos algunos de quienes integramos órganos como el Parlamento Andino, que es parte del Sistema Andino de Integración (SAI).

En el editorial del periódico El Nuevo Siglo, del día 11 de abril corriente, podemos constatar esta evidencia:

“Sería ingenuo desconocer el eco que tienen las advertencias de algunos sectores en torno de que las diferencias políticas, económicas y de prioridad comercial en los cinco países de la zona Andina son tan grandes e, incluso, irreconciliables, que la existencia de la CAN termina siendo un obstáculo para apuntalar una nueva era de interacción entre Colombia, Venezuela, Bolivia, Perú y Ecuador. En otras palabras, que tiene más sentido práctico que cada una de esas naciones negocie acuerdos bilaterales con las restantes cuatro, en vez de tratar de encuadrar sus tratativas en una normatividad andina que muchas veces se torna inflexible para maniobrar ante las particularidades y coyunturas”.

El pasado 27 de marzo, en su visita a Colombia, como Presidente del Perú, Alan García dijo en entrevista con el diario El Tiempo:

*“¿Cuál es el balance de su visita de Estado a Colombia?
Muy positivo. Vamos a darle gran profundidad a la integración entre Colombia, Perú, Chile y México, y mantendremos nuestra propuesta de tener a Colombia en el APEC (Asia-Pacific Economic Cooperation), uno de los bloques económicos más fuertes del mundo, para trabajar en la promoción de exportaciones al Asia.*

¿Cree usted que todos los demás tratados de integración y acuerdos como la Comunidad Andina fracasaron?

Creo que tuvieron su tiempo. La Comunidad Andina, surgida de 1969, se sustentaba en criterios de distribución productiva, que no son los vigentes en este tiempo y así lo demuestra la poca eficacia que ha tenido su marcha durante mucho tiempo. La Comunidad Andina no ha tenido eficacia.

¿Es decir que la Comunidad Andina fracasó?

Yo diría que tuvo su tiempo y su momento, que ya pasaron”.

Que uno de los cuatro miembros del Consejo Presidencial Andino hable tan contundentemente no deja lugar a dudas: Perú sigue pensando más en Asia que en la CAN.

La euforia del presidente Juan Manuel Santos hablando del MERCOSUR (Mercado Común del Sur), de UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas), de la APEC, del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, del acuerdo comercial binacional con Venezuela, etc., contrasta con un absoluto silencio frente al futuro de la CAN cuya presidencia, pro tempore, ejercerá a partir del próximo 22 de julio. Desde luego, él sabe que todos esos acuerdos binacionales son contrarios al propósito integrador andino y a la aspiración de sus fundadores de actuar como bloque en la inevitable inserción en el comercio internacional de la globalización.

Comprensible resulta, entonces, su respaldo a la propuesta de Alan García de crear un nuevo proceso con México y Chile. ¿Qué pensará Hugo Chávez y sus aliados de este nuevo bloque Sur Americano del Pacífico?

A propósito de Hugo Chávez, él tiene su propio proyecto de integración: la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA). Bolivia y Ecuador tienen claros compromisos en ese proyecto. Sospechamos que Evo Morales, actual presidente pro tempore de la CAN, se acuerda más del ALBA que de aquella, y que Bolivia y Ecuador entienden las profundas incompatibilidades entre los dos procesos de integración. ¿Podrán seguir estando en ambos?

Chile, que fue miembro pleno en los inicios del proceso, se retiró del Acuerdo de Cartagena en 1976 por orden del general Augusto Pinochet y solo en 2007 regresó como país asociado.

Venezuela, por orden del presidente Hugo Chávez, denunció el Tratado y se separó de la CAN en abril de 2006. Hoy día hace esfuerzos para sustituir las normas comerciales que regulen el comercio con la Comunidad Andina. No quiere regresar a ella, pues ha pedido ser miembro de MERCOSUR. Espera manejar el tema con Colombia conforme a un acuerdo de complementación económica y con Bolivia y Ecuador de conformidad con las normas del ALBA.

Ante este panorama es pertinente preguntarnos: ¿qué queda de la CAN?

Un proceso que no avanza, porque no logra nuevos miembros, que se enfrenta a otros proyectos de integración como UNASUR y MERCOSUR, que a pesar de su fragilidad avanzan y logran vincular nuevos

países, que debe soportar la incongruencia de subbloques bien distintos en el tono ideológico como son Colombia y Perú en la orilla neoliberal, y Bolivia y Ecuador en la perspectiva del llamado “Socialismo del siglo XXI”, que debe someterse a la voluntad de Presidentes que negocian tratados de Libre Comercio sin contar para nada con los otros países del acuerdo: ¿tiene posibilidades de subsistir?

2. Crisis Permanente

Pero la actual crisis del sistema no es coyuntural, ni única. La CAN desde su nacimiento muestra falencias estructurales que atentan contra su eficaz consolidación. Se trata de un proceso en el que el voluntarismo presidencial y el desconocimiento de un derecho supranacional, que regule el funcionamiento del sistema y sancione eficazmente los incumplimientos, conllevan a frecuentes ajustes y reestructuraciones. Esto es histórico, como lo podemos ver enseguida.

El Acuerdo de Cartagena entró a regir el 26 de octubre de 1969. El llamado “Pacto Andino” que de él surgió, sobrevivió hasta 1987 cuando se reestructuró para dar paso al “Grupo Andino”.

Las razones de esa primera crisis son muy parecidas a las de la actual: falta de voluntad política, e incumplimiento de los compromisos adquiridos. No se logró consolidar un área de libre comercio, porque no se aplicaron los programas de desarrollo e inversión, no se logró una verdadera unión aduanera y se aplazó y flexibilizó la creación de un arancel externo común.

A su vez el “Grupo Andino” solo sobrevivió hasta 1996. Argumentando las mismas razones de falta de voluntad política e incumplimientos reiterados, en 1997 se rediseña el proceso de integración, se crea la Comunidad Andina (CAN) y se organiza el Sistema Andino de Integración (SAI).

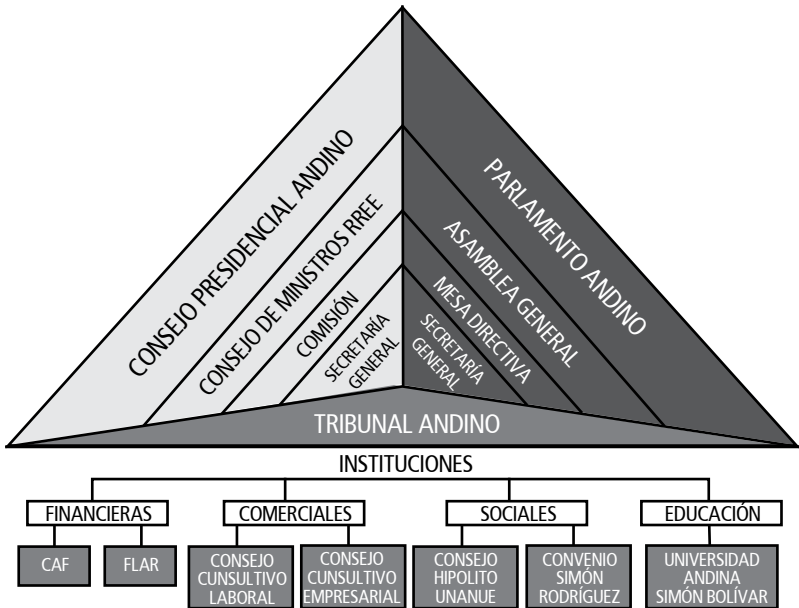
El objetivo nuevo fue ir de una integración económica a una “multiaspectos”, también se consagraron los de siempre: armonizar las políticas económicas, desarrollar una agenda social, buscar una relación con bloques como la Unión Europea o Asia-Pacífico, y el más difícil: construir un verdadero Mercado Común Andino, sobre la base de un arancel externo común.

Un nuevo fracaso nos aguardaría: la crisis actual de la CAN.

3. Razones de la Crisis actual de la CAN

Los promotores del proceso de integración, ante la crisis del Grupo Andino (GRAN) firmaron el Protocolo modificador de Trujillo en 1996, que entraría a regir en junio de 1997, que creó la CAN.

Lo más importante es que se dispone una construcción institucional sistémica e integral. Se crean órganos e instituciones que se acomodan en un todo coherente. La siguiente gráfica nos ilustra sobre el tema:



a. Voluntarismo Presidencial

En lo fundamental del rediseño, existen órganos ejecutivos, un Parlamento deliberante y un Tribunal de Justicia.

Sin embargo, el peso del sector gubernamental es evidente. El Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y la Comisión de la Comunidad Andina, monopolizan el poder de decidir todo al interior del sistema, frente a un Parlamento que delibera y controla pero que no tiene poder de codecisión, a la manera del Parlamento Europeo, y frente a un Tribunal de Justicia, que, impotente, tiene que ver cómo sus fallos no se cumplen por parte de los gobiernos de los países miembros.

Los presidentes nombran libremente a los Ministros de Relaciones Exteriores y a los plenipotenciarios que integran la llamada Comisión de la Comunidad. Es decir, todo el poder de “decisión” está en manos del Consejo Presidencial Andino. Por eso si el Presidente de Colombia se disgusta con el de Venezuela o el de Ecuador, tiembla la CAN; si el de Venezuela grita su eco resuena en Ecuador o en Bolivia y también tiembla la CAN. Pinochet sacó a Chile cuando quiso escoger un modelo económico neoliberal que no armonizaba con las teorías de un mercado común intraandino. Lo mismo hizo Alberto Fujimori en 1992 y sacó a Perú. En el 2006, Chavez sacó a Venezuela. Las referencias a lo que han dicho Alan García y Juan Manuel Santos, al comienzo de este escrito, nos ponen a pensar que están sacando a Colombia y nuevamente a Perú. Todo sin ninguna responsabilidad, personal, política, o gubernamental.

Esta poderosa e irresponsable concentración del poder de decisión en la cúpula del Sistema de Integración, atenta diariamente contra su consolidación y hace frágil la idea de integrar a los pueblos. La integración avanza o retrocede, según las conveniencias internas y las poderosas voluntades de los Presidentes de los Países Miembros.

Esta falta de institucionalidad o, mejor, este poderoso “Voluntarismo Presidencial” ha conducido a una pérdida de eficacia en el logro de los propósitos fundamentales del proceso.

Sólo para poner un ejemplo, en el relanzamiento del acuerdo, en 1997, se asumió el compromiso de implementar un Mercado Común Andino a más tardar el 31 de diciembre de 2005; desde luego esto suponía establecer un Arancel externo común.

La Resolución 535 de 2002, cumplió con esa tarea. Pero, dicha decisión no ha entrado a regir porque su puesta en vigencia ha sido prorrogada quince veces, desde la Decisión 569 de 2004 hasta la 717 de 2009, que señala como nuevo plazo el 31 de diciembre de 2011.

En el entretanto, los Presidentes Andinos se han dedicado, en particular los de Perú y Colombia, a negociar cuanto Tratado de Libre Comercio se les ocurre, sin acordarse de los compromisos

con la construcción de ese mercado común tan esencial para la supervivencia de la Comunidad Andina.

Colombia, Perú y Ecuador, el 6 de abril de 2006, al parecer pensando en las negociaciones de Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos, modificaron la Decisión Andina 486 de 2000, sobre Propiedad Industrial y protección de datos de prueba.

Con esto lograron separarse de los compromisos que sobre la materia tenían con la CAN y pudieron negociar diferenciada e individualmente, según el interés nacional de cada uno, con la nación del norte, pero de esa manera precipitaron la salida de Venezuela de la CAN el 22 de abril del mismo año.

Para terminar este apartado debemos reseñar otro atropello presidencial al proceso de integración: el 13 de Julio de 2007 en Lima, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la Decisión 669 sobre Política Arancelaria Andina.

Su principal fundamento fue: “ Que, los Jefes de Estado de los Países Miembros, reunidos en el marco del XVI Consejo Presidencial Andino, reflexionaron acerca del proceso de integración y, convencidos de la necesidad de profundizar el proceso de integración andino, entre otros, se pronunciaron respecto a una política arancelaria común con criterios de flexibilidad y convergencia;”.

En consecuencia, suspendieron la entrada en vigencia de las decisiones que buscan un arancel externo común, que conduzca a una unión aduanera y después a un Mercado Común Andino. El texto literal es:” A partir de la entrada en vigencia de la presente Decisión y hasta el 31 de enero de 2008, los Países Miembros no estarán obligados a aplicar las Decisiones 370, 371 y 465.”

Este desconocimiento de la irreversibilidad del derecho supranacional Andino puede ser el final del sueño de un Mercado Común Andino.

b. Desconocimiento de la normativa andina supranacional.

Quienes diseñaron el Sistema Andino de Integración en 1997 para relanzar el proceso bajo el nombre de la Comunidad Andina, tenían bien claro que si queríamos caminar con verdadera vocación

integracionista, debíamos tener un derecho andino y un organismo judicial que lo aplicara e interpretara.

El protocolo modificatorio del Tratado de la Creación del Tribunal de Justicia del acuerdo de Cartagena, aprobado en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996, trató de cumplir con dichos propósitos.

El artículo primero diseñó un sistema de fuentes jurídicas supranacionales compuesto por: a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios; c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y, e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

El artículo tercero consagró como característica principal de las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de las de la Comisión de la Comunidad Andina y de las resoluciones de la Secretaría General, la aplicabilidad inmediata. Solo excepcionalmente, en los eventos dispuestos por ellas mismas, sus contenidos deben ser incorporados mediante actos de derecho interno al ordenamiento jurídico de los países miembros. La regla general es su vigencia automática por ser normas supranacionales.

El artículo cuarto del Protocolo consagró la supremacía y la aplicación directa de esa normativa comunitaria frente a los ordenamientos jurídicos de cada país. En efecto, los países miembros se comprometieron a “no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

En el apartado anterior hemos visto cómo estos principios del derecho comunitario han sido desconocidos por el Consejo Presidencial Andino y por la Comisión de la CAN, sin ningún pudor y sin ninguna responsabilidad.

La irreversibilidad es otra propiedad del derecho comunitario. Ella implica que lo acordado se debe cumplir en los términos previstos y que la modificación de los contenidos no puede significar retrocesos que rompan el compromiso de avanzar progresiva y

permanentemente hacia la consolidación de la integración. Las Decisiones 486 de 2000 y 669 de 2007, ya comentadas, son claro ejemplo de la utilización de este fenómeno desarticulador.

En nuestro concepto, mientras ese voluntarismo presidencial siga orientado a lograr más acuerdos bilaterales de orden comercial, y a tratar de insertarse en otros procesos de integración, antes que a cumplir con la construcción de una zona aduanera, un arancel externo común y un Mercado Común Andino, la CAN no tiene futuro.

4. ¿Qué queda de la Comunidad Andina?

A pesar de no lograr la consolidación de un mercado común, los más de cuarenta años de intentar la integración de los países andinos, dejan un mercado intracomunitario creciente y significativo para éstos.

En la página de la Secretaría de la Comunidad el 8 de marzo se publicó la siguiente información:

“Lima, 14 marzo 2011.- El comercio entre los países de la Comunidad Andina creció 35 por ciento en el 2010, respecto año anterior, informó hoy el Secretario General a.i. de la Comunidad Andina, Adalid Contreras Baspineiro.

Manifestó que el último Informe Estadístico del organismo andino muestra que las exportaciones intracomunitarias aumentaron de 5 774 millones de dólares en el 2009 a 7 810 millones de dólares en el año 2010, es decir, dos mil millones de dólares más que en el 2009.

“Esto significa que en el 2010 el comercio entre nuestros cuatro países no sólo recuperó el nivel más alto que obtuvo en el 2008, antes de la crisis internacional, sino que tuvo un crecimiento adicional”, subrayó.

Destacó que las exportaciones de todos los países de la CAN al mercado andino registraron tasas de crecimiento importantes. Las de Colombia crecieron 45 por ciento, de Ecuador 34 por ciento; de Perú 29 por ciento y de Bolivia 19 por ciento.

Con respecto a las exportaciones extracomunitarias, Adalid Contreras informó que su crecimiento fue del 25 por ciento, al pasar de 71 906 millones de dólares en el año 2009 a 90 192 millones de dólares en 2010.

Las exportaciones extracomunitarias de Perú crecieron 32 por ciento (Pasaron de 24 571 millones de dólares en el año 2009 a 32 502 millones de dólares en el año 2010) y las de Bolivia aumentaron 29 por ciento, alcanzando en el acumulado del año 2010 los 6 077 millones de dólares, en comparación a los 4 714 millones de dólares del año anterior. Ecuador creció 26,5 y Colombia 19 por ciento”.

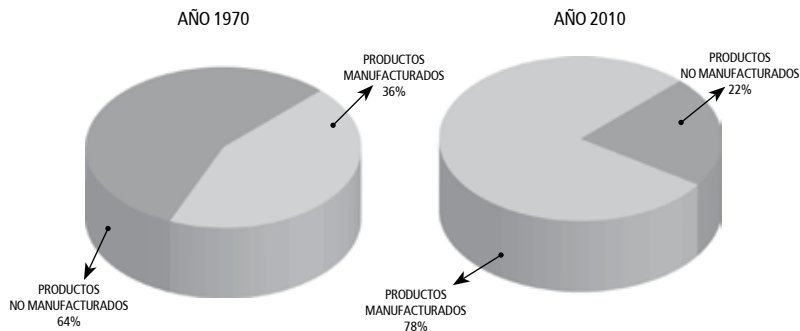
El siguiente cuadro nos ordena las cifras:

PAÍS EXPORTADOR	PAÍS DE DESTINO				Total Intra Comunitario	Variación % 2010/2009
	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú		
Bolivia	--	236	17	383	636	19.0
Colombia	107	--	1,824	1,132	3,063	44.8
Ecuador	14	785	--	1,328	2,127	34.1
Perú	381	787	816	--	1,984	29.0
Total Intra Comunitario					7,810	35.3

También es preciso hacer resaltar que el mercado intracomunitario en materia de bienes manufacturados y empleo tiene una composición progresiva y favorable; por el contrario, las exportaciones extracomunitarias no generan empleo ni desarrollo productivo porque sustancialmente están constituidas por materias primas.

Exportación de productos Manufacturados a nivel Intracomunitario

Productos exportados a nivel Intracomunitario



Fuente: Secretaría General de la Comunidad Andina, Sistema Integrado de Comercio Exterior (SICEXT). Decisión 511. Elaboración: Secretaría General de la Comunidad Andina. Estadística

De otra parte, el hecho de que las normas comunitarias sean desconocidas o burladas por decisiones internas de los países miembros de la CAN, y que la jurisprudencia y las decisiones del Tribunal Andino de Justicia sean ignoradas o desacatadas permanentemente, no le quitan valor intrínseco a la inteligente estructura de las mismas. Ya quisieran proyectos como UNASUR, contar con una institucionalidad jurisdiccional y con una normativa supranacional como las de la CAN.

Con la sola inclusión expresa del principio de irreversibilidad, el sistema jurídico de acciones y recursos establecidos en el protocolo modificatorio ya reseñado, garantizaría un eficaz proceso de integración.

Ni siquiera MERCOSUR tiene un sistema jurídico tan integral como el de la CAN, pues sus disposiciones no son de aplicación inmediata y cada país miembro las incorpora a su manera al derecho interno.

Hay quienes piensan que la Comunidad Andina puede desaparecer sin mayores traumatismos, pensando en que los países que la integran pueden ir a otros procesos de integración como UNASUR y MERCOSUR, incluso al ALBA.

Esos procesos son muy importantes pero incompletos, se están construyendo y desde ahora se avizora que tendrán crisis parecidas a las que hoy sufre la CAN.

MERCOSUR se debate entre las asimetrías de una economía grande como la de Brasil, una mediana como la de Argentina y dos muy pequeñas: las de Uruguay y Paraguay. Lograr un arancel externo común, una unión aduanera y un mercado común entre esos países es, hoy día, tanto o más difícil que alcanzarlo entre los países de la CAN.

UNASUR, construida sobre los mismos conceptos e ideas de la CAN y MERCOSUR es muy reciente y frágil. Queremos tomar una cita del libro “La formación de espacios regionales en la integración de América Latina” del profesor Edgar Vieira Posada, que nos ha servido de fondo referencial para este artículo, para saber qué piensa él del futuro de UNASUR:

“Es válido que la voluntad política manifestada por los países suramericanos de avanzar hacia una Comunidad representa un paso positivo. Sin embargo, será necesario pasar de las declaraciones retóricas a la preparación cuidadosa y precisa de los componentes de tal Comunidad. En particular, el de supranacionalidad se hace

indispensable, pero observamos con gran preocupación que el tema está ausente de las Declaraciones, de la Agenda y del Programa de Acción acordado por los Presidentes pues se ha regresado en América Latina a una integración eminentemente intergubernamental, en la que cada Estado busca asegurar su propia visión e intereses sobre la integración, más que alcanzarla mediante la imparcialidad de organizaciones y eficacia de normativas supranacionales”.

Conclusiones

Podemos concluir que es evidente la situación de crisis que vive la CAN. Que sus causas están identificadas, y son: un voluntarismo presidencial no comprometido con la integración y el desconocimiento de la normativa y la justicia supranacionales de la Comunidad. Que, sin embargo, hay un mercado interno, una institucionalidad y un ordenamiento jurídico que vale la pena preservar.

En consecuencia, se debe proponer una reunión urgente del Consejo Presidencial Andino, una vez asuma como presidente pro tempore Juan Manuel Santos, para que nos sinceremos y digamos si queremos rediseñar y reforzar el proceso de integración Andina, o si lo terminamos.

Bibliografía

“La CAN requiere una cirugía a fondo”. Editorial del periódico El Nuevo Siglo. Abril 11 de 2011. En: www.elnuevosiglo.com.co/editoriales/editorial/33632-la-can-requiere-una-cirurgia-a-fondo-.html

Comunidad Andina. Decisión 669 de 2007. Política Arancelaria de la Comunidad Andina. En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D669.htm>

Comunidad Andina. Comercio Exterior en la Comunidad Andina 2010. Marzo 8 de 2011. En: http://estadisticas.comunidadandina.org/eportal/contenidos/1542_8.pdf

VIEIRA, Edgar. La formación de espacios regionales en la integración de América Latina. Convenio Andrés Bello. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2008.

ZAMORA, Héctor. “Presidente de Perú, Alan García, anuncia que fijan hoja de ruta en mayo. No descarta otro mandato”. Periódico El Tiempo. 27 de marzo de 2011. En: <http://m.eltiempo.com/politica/colombia-peru-chile-y-mexico-seran-bloque-economico/9076860/1>

EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA NO COMERCIANTE: HISTORIA DE UN FRACASO

Luis Javier Moreno Ortiz

RESUMEN

Este ensayo pretende dar cuenta del efímero régimen de insolvencia de la persona física no comerciante. Para cumplir con este propósito se emplea el método analítico, a partir de los elementos de juicio que suministran las fuentes relevantes: en materia legal, se examina el proceso de formación de la Ley 1380 de 2010; en materia jurisprudencial, se construye un marco general sobre la insolvencia de las personas físicas y jurídicas, a modo de contexto necesario para analizar las sentencias relativas a la constitucionalidad de dicha ley; en materia doctrinal, se traen a cuento algunos estudios sobre los efectos de la jurisprudencia constitucional en modernización del derecho mercantil.

Palabras clave

Régimen de insolvencia, derecho comercial, derecho constitucional, no comerciantes.

ABSTRACT

This essay seeks to account for the transient regime of insolvency of the non-commercial individuals. To fulfill this purpose the analytical method used, from the evidence they provide relevant sources: legal matters, examines the formation of Act 1380 of 2010; in jurisprudence, we construct a general framework insolvency of natural persons and legal entities as a context for reviewing rulings on the constitutionality of the law; in matters of doctrine, it brings up some studies on the effects of constitutional jurisprudence in the modernization of commercial law.

Key words

Insolvency law, commercial law, constitutional law, not traders.

SUMARIO

I. Introducción. A. Metodología. B. Fuentes. C. Alcance. II. El régimen de insolvencia de las personas físicas no comerciantes. A. La Ley 1380 de 2010. a) Proyecto original y exposición de motivos. b) Debates en las cámaras. c) Conciliación de los textos aprobados. B. Jurisprudencia constitucional sobre régimen de insolvencia.

a) Sentencias tipo c sobre el régimen de insolvencia de comerciantes. b) Sentencias tipo t sobre casos concretos de insolvencia de comerciantes. c) Sentencias tipo c sobre la constitucionalidad de la Ley 1380 de 2010. C. Críticas de la doctrina a la jurisprudencia constitucional sobre insolvencia. a) Crítica sobre la interpretación constitucional. b) Crítica sobre las decisiones constitucionales. c) Crítica sobre la incidencia de la acción de tutela. III. Conclusiones. IV. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

*No os espante la pobreza; nadie vive tan pobre como nació.
Lucio Anneo Séneca.*

En los tiempos que corren, algunas personas prefieren perderlo todo: esposa, familia, trabajo, honor, e incluso la salud, antes que perder el crédito. En la sociedad de consumo el ser humano es irrelevante, lo que cuenta es el consumidor. En este contexto, pocas situaciones son tan difíciles en lo vital y en lo económico como la insolvencia. Sin embargo, el ser humano no se agota en consumir, o en celebrar contratos, pues es, además, ciudadano. La suerte de los ciudadanos no puede ser indiferente a un Estado Social y Democrático de Derecho, como no lo es la suerte de los seres humanos. Esta multiplicidad de roles, visible en los conflictos de intereses que pueden surgir en las controversias diarias, implica la interferencia del derecho público en el derecho privado, como ocurre, por ejemplo, en el estatuto del consumidor y en la protección, incluso judicial, de sus derechos.

A. Metodología

La metodología aplicada en este documento es la analítica. Se pretende analizar la estructura, la naturaleza, la función, la finalidad y el fracaso práctico del régimen de insolvencia de la persona física no comerciante, vigente en la República de Colombia entre el 25 de enero de 2010 y el 19 de septiembre de 2011, a partir del texto de la Ley 1380 de 2010, que se examina desde su presentación como proyecto de ley hasta el texto sancionado por el Presidente de la República, con anotaciones relevantes de lo dicho por la jurisprudencia constitucional y por la doctrina.

B. Fuentes

El proceso de formación de la Ley 1380 de 2010 se documenta a partir de lo que aparece publicado en varios números de la Gaceta del Congreso, en los cuales aparece el proyecto original, su exposición de motivos, sus informes para ponencia en los cuatro debates

reglamentarios, su informe de conciliación y su aprobación por ambas Cámaras. La Ley 1380 de 2010 se documenta a partir de lo que aparece publicado en el Diario Oficial 47.603 del 25 de enero de 2010. La jurisprudencia constitucional empleada se documenta a partir de lo que aparece en su página web: www.constitucional.gov.co La doctrina que se cita se documenta a partir de textos que aparecen publicados en soporte físico y en soporte electrónico, en reconocidas revistas científicas y académicas.

C. Alcance

El presente ensayo no pretende limitarse a hacer una mera revisión descriptiva del contenido del régimen de insolvencia de la persona física no comerciante, a partir de su efímero referente legal, sino que busca también revisar la validez del discurso que argumenta sobre su necesidad, dar cuenta del contexto jurisprudencial en el cual surge y desaparece, y presentar anotaciones críticas de la doctrina, como elementos de juicio relevantes para elaborar el análisis.

II. El régimen de insolvencia de las personas físicas no comerciantes

*El que se sabe pobre lo sabe todo.
Jules Michelet.*

En una sociedad de consumo entrar en situación de insolvencia es una mala noticia para todos los agentes económicos, algo así como el principio del fin. A esta situación no escapan las sociedades ni los comerciantes, que suelen tener algo de experiencia y conocimiento del mercado. Sin embargo, la situación es más grave y más gravosa cuando se trata de la insolvencia de personas físicas no comerciantes, pues ellas no cuentan con la magnífica garantía de limitar por anticipado su responsabilidad patrimonial. Proteger el crédito parece ser una condición *sine qua non* para recuperar las finanzas personales, satisfacer las obligaciones pendientes con los acreedores y evitar los perniciosos efectos económicos que se derivan de un incumplimiento parcial que se torna definitivo. La quiebra o la bancarrota, que puede derivarse de una situación de insolvencia, no es una buena noticia para nadie, pues implica que todos los involucrados pierden.

A. La Ley 1380 de 2010

El proceso de formación de la Ley 1380 de 2010, “Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia para la Persona Natural No Comerciante”, se inicia el 31 de julio de 2008, con la presentación en la Cámara de Representantes del Proyecto de ley 55 de 2008, que aparece publicado en la Gaceta del Congreso 494 de 2008 y culmina el 25 de enero de 2010 con su promulgación, por medio de publicación en el Diario Oficial 47.603 de esta fecha. Los autores del proyecto son los Representantes a la Cámara Simón Gaviria, Roy Barrera, Omar Flórez, Carlos Ramiro C., David Luna, Guillermo A. Santos, Eduardo Crissien, y los Senadores Gina María Parody, Aurelio Iragorri Hormaza y Mario Salomón Náder.

a) Proyecto original y exposición de motivos

El proyecto original se presentó el 31 de julio de 2008 en la Cámara de Representantes, y se radicó con el número 55 de 2008 Cámara¹. Está conformado por 22 artículos, organizados en dos títulos y en seis capítulos. En el título primero aparece su finalidad, que es la de proteger el crédito y recuperar las finanzas de las personas físicas no comerciantes, por medio de un trámite único de negociación de deudas y, además, proteger la buena fe en las relaciones comerciales (art. 1). Su ámbito de aplicación es el que corresponde a las personas que tengan su domicilio en el país (art. 2). Reconoce una serie de principios orientadores, entre los cuales se destacan los de universalidad, igualdad, eficacia, celeridad, información, buena fe y publicidad (art. 3). Establece como supuestos objetivos de la situación de insolvencia: tener dos o más obligaciones vencidas por más de 180 días, siempre que éstas representen el 30% del pasivo total, y éste sea superior a las dos terceras partes del activo total. Si la persona tiene obligaciones vencidas que representen el 80% del pasivo total, no podrá ampararse en esta ley. Sólo se puede acudir a este trámite una vez cada 6 años (art. 4). En los artículos 5 y 6 atribuye competencia a los centros de conciliación del domicilio del deudor, a los cuales faculta para pedir la información necesaria para negociar las

¹ Tanto el proyecto original como su exposición de motivos aparecen publicados en la Gaceta del Congreso 494 de 2008.

deudas; verificar los supuestos objetivos de insolvencia; y elaborar el proyecto de calificación y graduación de créditos.

En el título segundo se regula lo concerniente al trámite de negociación de deudas, valga decir, lo que tiene que ver con la correspondiente solicitud (cap. I, arts. 7 a 11); con la audiencia de verificación de acreencias, conciliación de objeciones y consideración de propuesta de pago (cap. II, arts. 12 a 14); con el acuerdo de negociación de deudas (cap. III, arts. 15 a 18); con normas especiales para el pequeño productor agropecuario y pesquero (cap. IV, art. 19); con disposiciones finales sobre apoderados, representantes, inexactitud de la información y vigencia (cap. V, arts. 20 a 22).

La exposición de motivos del anterior proyecto, pese a su extensión, no es un ejemplo de prolijidad. No obstante, logra precisar el objeto del proyecto, a sus antecedentes y fundamento, y algunas consideraciones generales. Respecto del objeto, hace una síntesis apretadísima de su contenido, que no merece la pena repetir. En cuanto a sus antecedentes, el vuelo se remonta a la República de Venecia y a la costumbre de romper el banco del comerciante en la Plaza de San Marcos y aterriza, sin más ni más, en la Constitución Política de 1991. En los fundamentos constitucionales están los principios de: Estado Social y Democrático de Derecho, soberanía, supremacía de la Constitución, inalienabilidad de los derechos de la persona, y las reglas sobre fines del Estado y sobre la dirección general de la economía por éste. Sin embargo, el fundamento principal es la Sentencia C-699 de 2007, por medio de la cual la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de la Ley 1116 de 2006, relativa al régimen de insolvencia empresarial, exhortó al Congreso de la República a expedir un régimen universal para personas naturales no comerciantes. De las consideraciones generales, se destacan la de proteger a las personas físicas no comerciantes, más numerosas que las personas comerciantes, en su crédito y su patrimonio, por medio de un mecanismo expedito y sencillo, inspirado en el sistema de quiebras de los Estados Unidos, en particular de los Capítulos VII y XIII del Código Federal de Quiebras, del cual se alaba su celeridad, eficacia y facilidades; y la de establecer, a partir de lo dicho en la obra *Código de Quiebra de los Estados Unidos de América*, revisada por Eduardo M. Favier Dubois y publicada por la editorial

Errepar en Buenos Aires en 2002, y del aporte del profesor Juan José Rodríguez Espitia, como metas de un buen mecanismo de bancarrota: generar resultados eficientes ex post, para maximizar el valor a repartir; preservar el papel coercitivo de la deuda; garantizar la prioridad de los reclamos.

b) Debates en las cámaras

Para que un proyecto de ley pueda convertirse en ley de la República, es menester que sea aprobado en cuatro debates por ambas cámaras. Dos de estos debates deben darse en las respectivas comisiones permanentes y los dos restantes deben darse en las plenarios. Al haber sido presentado en la Cámara de Representantes, el trámite comenzó en la Comisión Tercera de ésta, con un informe de ponencia elaborado por los Representantes Simón Gaviria Muñoz, Ángel Custodio Cabrera, Omar Flórez Vélez, Bernardo Miguel Elías, Álvaro Alférez Tapias y Jorge Julián Silva Meche². En este informe se traen a cuento, como antecedentes, las Leyes 222 de 1995, sobre procesos concursales, 550 de 1999, sobre reactivación empresarial y reestructuración de entes territoriales; y 1116 de 2006, sobre régimen de insolvencia empresarial; se reitera lo dicho en la exposición de motivos sobre el Código Federal de Quiebras de los Estados Unidos y se anota que algo semejante ocurre en España y Uruguay; y se presentan estadísticas relevantes en la materia³, como la de que 15.7 millones de personas (el 36.6% de la población) tienen acceso al menos a un producto financiero: 15 millones de personas (el 35% de la población) tienen una cuenta de ahorros, 3.6 millones de personas (el 8.4% de la población) tienen tarjetas de crédito y 527 mil personas (el 1.2% de la población) tienen crédito hipotecario.

El informe de ponencia para segundo debate en la plenaria de la Cámara de Representantes fue presentado por los Representantes Simón Gaviria Muñoz, Ángel Custodio Cabrera, Omar Flórez Vélez, Bernardo Miguel Elías, Álvaro Alférez Tapias, Jorge Julián Silva Meche, Gilberto Rondón, Oscar Mauricio Lizcano y Wilson Borja⁴. De su contenido vale la pena destacar lo siguiente: precisa que el

² El informe de ponencia aparece publicado en la Gaceta del Congreso 865 de 2008.

³ La fuente de estas estadísticas es la Asociación Bancaria Colombiana, Asobancaria, y corresponden al mes de marzo del año 2008.

⁴ El informe de ponencia aparece publicado en la Gaceta del Congreso 239 de 2009.

proyecto inicial, salvo algunas correcciones de redacción, fue aprobado por la Comisión, con la adición de un inciso en el artículo 4, relativo a la incapacidad de pago inminente, y con un artículo nuevo relativo a los deudores del programa de reactivación agropecuaria nacional (PRAN). En cuanto a los antecedentes y las condiciones generales, se limita a reiterar lo dicho en el informe rendido a la comisión. Entre los cambios que se proponen, algunos tienen que ver con mejorar la redacción, otros con aumentar los porcentajes máximos y mínimos para acceder al régimen de insolvencia, y se aclaran algunos aspectos del trámite. El texto del proyecto aprobado por la plenaria aparece publicado en la Gaceta del Congreso 562 de 2009.

Luego de cumplir su trámite en la Cámara de Representantes, el proyecto de ley fue radicado con el número 346 de 2009 en el Senado de la República. El informe de ponencia para debate en la Comisión Tercera de esta cámara fue presentado por los Senadores Mario Salomón Náder, Aurelio Iragorri Hormaza, Guillermo García Realpe, Omar Yepes Alzate, Yolanda Pinto Afanador, Bernabé Celis Carrillo y Jairo Mantilla Colmenares⁵. En los antecedentes que trae el informe, aparece una clara alusión a la Constitución de 1821, que incorpora a nuestra legislación las Ordenanzas de Bilbao, vigentes en la época colonial, a la Constitución de 1886, que adopta como código nacional el Código de Comercio del Estado de Panamá, a los Decretos 750 de 1940 y 2264 de 1969 sobre concordato y quiebra, al Código de Comercio de 1971 y a la reforma que se le introdujo por el Decreto 350 de 1989, a las Leyes 222 de 1995, 550 de 1999 y 1116 de 2006. El informe también da noticia de la realización de un foro en torno del proyecto, en el cual participaron entidades públicas y privadas vinculadas al crédito, a la hacienda, a los impuestos, al comercio, a la industria, a superintendencias y gremios, y algunas universidades; reitera lo dicho en los anteriores informes sobre los fundamentos del proyecto; precisa que se trata de un proyecto que regula un tema concursal, en tanto parte del derecho mercantil; y, a lo dicho sobre conveniencia y necesidad, agrega que el proyecto puede ser un importante instrumento de descongestión judicial y de solución pronta y eficaz de controversias.

⁵ El informe de ponencia aparece publicado en la Gaceta del Congreso 912 de 2009.

El informe de ponencia para el último debate, en la plenaria del Senado de la República, fue presentado por los Senadores Mario Salomón Náder, Aurelio Iragorri Hormaza, Guillermo García, Omar Yepes, Yolanda Pinto, Bernabé Celis y Jairo Mantilla⁶. El proyecto, además de reiterar lo ya dicho sobre el informe rendido a la comisión, introduce un pliego de modificaciones al texto hasta ese momento aprobado. El texto final del proyecto aprobado por la plenaria aparece publicado en la Gaceta del Congreso 1318 de 2009.

c) Conciliación de los textos aprobados

Al existir discrepancias entre las cámaras, fue menester integrar una comisión de conciliación, conformada por el Senador Aurelio Iragorri Hormaza y por el Representante Simón Gaviria Muñoz⁷. En su informe, la comisión propone un texto conformado por 41 artículos, organizados en dos títulos y dos capítulos. Este informe fue aprobado por las plenarios de ambas cámaras y pasó a sanción del Presidente de la República. El proyecto fue sancionado por éste y promulgado, mediante publicación en el Diario Oficial 47.603, el 25 de enero de 2010.

Respecto de lo dicho sobre el contenido del proyecto original, al contrastarlo con la ley que a la postre resultó del proceso legislativo, se debe destacar lo siguiente: se mantiene igual lo relativo a su finalidad y ámbito de aplicación (arts. 1 y 2); a los principios orientadores de universalidad, igualdad, eficacia, celeridad, información, buena fe y publicidad, se agregan los de colectividad, transparencia, equilibrio, simplicidad y prevalencia de los derechos fundamentales (art. 3); se fijan como supuestos objetivos de situación de cesación de pagos el incumplir dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores por más de noventa días, o que cursen en contra del deudor una o más demandas de ejecución o de jurisdicción coactiva para hacer efectivo el pago de alguna de sus obligaciones, siempre que el valor de las obligaciones con cesación de pagos o reclamadas judicial o coactivamente representen no menos del 50% del pasivo total del deudor, y se agrega una exclusión para efectos de la ley, la de los créditos del cónyuge, compañero permanente o parientes

⁶ El informe de ponencia aparece publicado en la Gaceta del Congreso 1297 de 2009.

⁷ El informe de la comisión de conciliación aparece publicado en la Gaceta del Congreso 1313 de 2009.

hasta en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, así como los créditos a favor de las sociedades controladas por cualquiera de los anteriores (art. 4); se otorga competencia para tramitar el procedimiento de insolvencia a los centro de conciliación del domicilio del deudor y a las notarías, pero en algunos asuntos que desborden la competencia del conciliador, se otorga competencia al juez civil municipal del mismo domicilio, a quien también se otorga competencia para resolver las controversias contenciosas, con la presencia del Ministerio Público, cuando se trate de obligaciones de jurisdicción coactiva o de alimentos (arts. 5 y 6); los procedimientos que se adelanten ante servidores públicos, consultorios jurídicos de facultades de derecho y de entidades públicas serán gratuitos, en los demás casos tendrán una tarifa que fijará el Gobierno Nacional (art. 7); para fijar la tarifa se debe tener en cuenta el monto total de las obligaciones, en cuanto al capital debido, y los ingresos del deudor (art. 8); entre las facultades del conciliador está la de citar a las personas que deben asistir a la audiencia, ilustrarlas sobre su objeto, alcance y límites, así como sobre el procedimiento y el acuerdo de pagos, verificar los supuestos de insolvencia, solicitar y verificar la información relevante, motivar a las partes a conciliar, garantizar que se cumpla el acuerdo y proponer fórmulas para el mismo, levantar actas de las audiencias, registrar el acta de la audiencia de conciliación, certificar el fracaso de la conciliación, y elaborar el proyecto de calificación y graduación de créditos, sin que se menoscaben derechos mínimos e intransigibles.

En cuanto al procedimiento, éste comienza con la solicitud del deudor o su apoderado, acompañada de un informe de su situación de insolvencia; una propuesta de negociación; una relación de sus acreedores en orden de prelación de sus créditos; una relación de sus activos, incluso de aquellos transferidos o enajenados dentro de los seis meses anteriores; una relación de los procesos judiciales o administrativos existentes; una certificación de contador público sobre vencimiento de obligaciones, montos y relación activo pasivo; una relación de los gastos de subsistencia del deudor y de personas a su cargo; una relación de las obligaciones que deben cumplirse durante el procedimiento para conservar bienes y atender los gastos del proceso; e información sobre la existencia de sociedad conyugal

vigente o de su liquidación (art. 10). En su propuesta de negociación el deudor puede ofrecer el intercambio de activos como forma de pago, caso en el cual será necesario avaluarlos (art. 11).

El conciliador debe decidir sobre la admisión de la anterior solicitud en un término de cinco días. Si lo inadmite, habrá cinco días para subsanar los defectos. Si no se hace así, la solicitud se rechaza. Contra esta decisión sólo procede el recurso de reposición (art. 12). Si se omite información relevante, se puede tramitar ante el juez competente, un incidente de revisión (art. 13). Después de admitir la solicitud, comienza a correr un término de sesenta días para la negociación, prorrogable hasta por treinta días, a solicitud del deudor y de al menos uno de los acreedores (art. 15). Al iniciar el trámite de negociación se suspende el cobro de los intereses de las obligaciones y las cuotas de administración, manejo o similares; se suspenden también los procesos ejecutivos, de restitución y de jurisdicción coactiva, y se pagarán de preferencia las obligaciones de subsistencia del deudor y de las personas a su cargo, que no están sujetas al sistema del pago que se acuerde (art. 16). Los procesos ejecutivos por obligaciones de alimentos no se suspenden (art. 17).

Luego de notificar la admisión de la solicitud en comento, valga decir, el inicio del trámite de negociación de deudas (art. 18), se fijará fecha para realizar la audiencia de negociación dentro de los veinte días siguientes (19). La audiencia comienza con un informe sobre los activos y las acreencias, que de no cuestionarse se convierte en una relación definitiva; si hay discrepancias, se precisarán y demostrarán, para lo cual se puede suspender la audiencia; si no hay arreglo en las discrepancias, el trámite de conciliación fracasa y pasa a manos del juez competente; si no hay discrepancias o de haberlas, se subsanan, se considerará la propuesta del deudor; oída la propuesta, los acreedores pueden hacer contrapropuestas; si no hay acuerdo, pero es probable que lo haya, se puede suspender la audiencia y reanudarla dentro de los diez días siguientes; si no se logra el acuerdo se declara su fracaso (art 21). Las objeciones no conciliadas pueden ser sometidas, por medio de demanda, a conocimiento del juez competente, que las decidirá en proceso verbal sumario de única instancia, sin recurso alguno. Decidida la objeción se reanudará la audiencia de negociación (art. 23).

El resultado esperable de la negociación de deudas es el acuerdo de pago. Éste debe ser aprobado por dos o más acreedores que represente el 50% del monto total del capital de las deudas y ser aceptado por el deudor. El acuerdo respetará la prelación de créditos y dará un mismo trato a los de igual clase o grado. Mientras se sigue el procedimiento se interrumpe la prescripción y no opera la caducidad frente a créditos exigibles antes de iniciar el trámite. El acuerdo de pagos no implica novación de las obligaciones (art. 24). El acuerdo deberá registrarse ante las oficinas correspondientes, en caso de involucrar bienes sujetos a registro; el acta que lo contiene presta mérito ejecutivo, pero para poder hacerse efectiva en el proceso, se debe acompañar una certificación sobre el incumplimiento del acuerdo (art. 25).

Si la negociación fracasa (art. 27) o el deudor incumple el acuerdo de pago (art. 28), los procesos suspendidos se reactivan y los acreedores que no los habían promovido, quedan facultados para promoverlos (art. 28). El acuerdo podrá impugnarse dentro de los dos meses siguientes a su celebración, para solicitar su nulidad, por información errónea o inexacta, por detrimento de más del 10% de la prenda general de sus acreedores dentro del año anterior a la celebración del acuerdo, o por no respetar a todos los acreedores y los privilegios de su crédito, ante el juez competente (art. 29).

Para los productores agropecuarios y pesqueros se establecen unas condiciones especiales, relativas al embargo y secuestro de los productos inherentes a su oficio, y a la presencia necesaria en el trámite de un asesor experto en esas materias que los asista en sus intereses (art. 30). Se fijan reglas para amparar en concreto a los deudores del programa de reactivación agropecuaria, PRAN (art. 31), y para regular las facultades de apoderados y representantes (art. 32).

Un artículo que merece comentario aparte es el de la responsabilidad penal, pues se establece una pena de uno a seis años, para quienes suministren o certifiquen, a sabiendas, información que no incluya a todos los acreedores o activos, o incluya acreencias o acreedores inexistentes; ordenen, toleren, hagan o encubran falsedades en los documentos entregados en el trámite; soliciten sin derecho, ser tenidos como acreedores, o hagan incurrir al conciliador o al juez en error grave; finjan separación de bienes o disolución o liquidación de sociedad

conyugal, para transpasar bienes o insolventarse (art. 33). Los artículos restantes adoptan una serie de medidas en materia de control y registro (art. 34), información crediticia (art. 35), capacitación (art. 36), divulgación (art. 37), remisión normativa (art. 38), modificación de lo previsto en el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006 sobre promotores o liquidadores (art. 39), derogatoria expresa del numeral 1 del artículo 19 de la Ley 1116 de 2006 (art. 40) y vigencia (art. 41).

B. Jurisprudencia constitucional sobre régimen de insolvencia

Una búsqueda preliminar de la jurisprudencia producida por la Corte Constitucional en la última década, en torno al tema de la insolvencia, arroja interesantes resultados. En una primera mirada, podrían relacionarse como sentencias relevantes para el objeto de este ensayo, las siguientes sentencias tipo c: C-052 de 2001, C-493 y C-590 de 2002, C-699 de 2007, C-145, C-283 de 2009, C-071 de 2010, C-460 y C-685 de 2011, y las siguientes sentencias tipo t: T-960 de 2008, T-207, T-316, T-513 de 2009, T-079, T-114, T-448, T-725 de 2010.

a) Sentencias tipo c sobre el régimen de insolvencia de comerciantes

Las Sentencias C-699 de 2007, C-460 y C-685 de 2011, por su especial importancia para el tema del régimen de insolvencia para las personas físicas no comerciantes, ameritan un trato aparte, que se hará más adelante en el punto c). Enseguida se procede al análisis de las demás sentencias tipo c a las que se alude en el párrafo anterior.

En la Sentencia C-052 de 2001, la Corte estudia una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 de la Ley 550 de 1999, relativo a la responsabilidad penal de las personas que suscriban o certifiquen estados financieros, inventarios o relaciones de acreedores, a sabiendas de que no se incluye a todos los acreedores, o de que se excluyen acreencias ciertas o activos, o de que se incluyen acreencias o acreedores inexistentes, así como quienes pretendan ser tenidos como acreedores sin tener derecho a ello, o certifiquen de manera inadecuada las acreencias de la seguridad social. La Corte declara exequible la norma demandada, por considerar que es necesario dotar a los procesos económicos de instrumentos que los hagan confiables, conforme a lo dicho en las Sentencias C-434 de 1996, C-996 y C-1185 de 2000.

En la Sentencia C-493 de 2002, la Corte decide una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 58.13 de la Ley 550 de 1999, relativo a la suspensión de los procesos de ejecución y a la no posibilidad de embargar activos y recursos de las entidades territoriales que celebren acuerdos de reestructuración. Por estos años, era recurrente, y todavía lo es, que las administraciones locales sufrieran situaciones de insolvencia, con las graves consecuencias que en materia del ejercicio de las funciones públicas y la prestación de servicios públicos ello conlleva. La Corte declara exequible la norma demandada, por considerar que se trata de “medidas razonables y proporcionadas, coherentes con la finalidad de la Ley 550 de 1999 y con la necesidad de recuperación institucional de las entidades territoriales, encargadas de garantizar la atención de las necesidades básicas de la población”. En la Sentencia C-590 de 2002, al estudiar otra demanda contra la norma en comento, la Corte decide estarse a lo resuelto en la Sentencia C-493 de 2002.

En la Sentencia C-145 de 2009, la Corte realiza el control automático de constitucionalidad sobre el Decreto Legislativo 4334 de 2008, dictado en el marco de un estado de emergencia económica declarado por la crisis generada por las “pirámides”. El decreto contempla medidas de intervención y de toma de posesión de los bienes de las sociedades y de las personas dedicadas a esta actividad. La Corte declara inexecutable el literal h) del artículo 7, y executable, aunque con algunas condiciones, el resto del decreto, por considerar que guarda conexión con el decreto que declara el estado de excepción y contiene normas necesarias, proporcionales y adecuadas para conjurarlo. De la decisión se aparta de manera parcial el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva. En la Sentencia C-283 de 2009, en ejercicio del mismo control, se revisa el Decreto Legislativo 4705 de 2008, que modificaba el Decreto 4334 de 2008. La Corte lo declara inexecutable por consecuencia, ya que fue dictado dentro del estado de emergencia social declarado por el decreto 4704 de 2008, el cual fue, a su vez, declarado inexecutable. Al día de hoy, cuando los procesos de liquidación se encuentran en su parte final, y hay muchos acreedores cuyos créditos fueron en su mayoría insatisfechos, parecería que la intervención se hizo de manera tardía y que, ante la credulidad y codicia de buena parte de la población, se requiere tomar medidas drásticas respecto del fenómeno de la captación de dinero

del público, así se haga con eufemismos comerciales, por parte de las llamadas “pirámides”.

En la Sentencia C-071 de 2010, la Corte se ocupa de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 50.5 de la Ley 1116 de 2006 que prevé, dentro de los efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial, la terminación de los contratos de trabajo con indemnización, sin que sea necesaria autorización administrativa o judicial. La Corte declara exequible la norma demandada, por considerar que si bien la Constitución reconoce la estabilidad de los trabajadores, ésta es relativa, y puede verse afectada por motivaciones razonables, como es la de la disolución de la persona jurídica privada objeto de liquidación, en cuyo proceso los créditos de éstos tienen prelación; y porque el proceso de liquidación tiene un juez competente al cual se puede acudir, para que brinde las garantías adecuadas.

b) Sentencias tipo t sobre casos concretos de insolvencia de comerciantes.

En la Sentencia T-960 de 2008, la Corte examina el drama de una persona de la ciudad de Cali, que padece de esclerosis múltiple y, lo que puede ser peor, de una grave situación de insolvencia económica. La persona enferma, que debe acudir con frecuencia al sistema sanitario para ser atendida, arguye que no está en capacidad de cubrir el costo de los copagos previstos por la seguridad social. Los jueces de instancia y la Corte niegan el amparo, pues verifican que el sistema sanitario ha prestado los servicios solicitados, a pesar de no haberse hecho los copagos. Aunque se advierte en la realidad probatoria la precaria situación económica de la enferma, no se aprecia vulneración a su derecho a la vida y a la salud.

En la Sentencia T-316 de 2009, la Corte estudia una tutela presentada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contra el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, por haber iniciado un proceso de liquidación y, en consecuencia, solicitado la suspensión de un proceso ejecutivo adelantado en otro juzgado, que se encontraba en la etapa de remate de bienes, y en el cual el Ministerio era acreedor, sin que se hubiesen acreditado los requisitos exigidos para la liquidación. El *a quo* considera que al no haberse

recurrido en tiempo el auto de apertura de la liquidación, la tutela es improcedente. El *ad quem* confirma esta decisión. Luego de reiterar lo dicho sobre procedencia de tutela contra providencias judiciales y sobre las causales previstas por la jurisprudencia para ello, la Corte confirma las decisiones de instancia, ya que al revisar si se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción, en particular el de agotar los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, encuentra que en este caso que el Ministerio no recurrió el auto de apertura de la liquidación judicial, sino que con posterioridad a su ejecutoria solicitó se reconociera su crédito y promovió incidentes de nulidad y recusaciones; y que el Ministerio no se pronunció, dentro del término de ejecutoria del auto en comento, sobre si prescindía o no de cobrar el crédito a los deudores solidarios o garantes del deudor principal, como lo prevé el inciso primero del artículo 70 de la Ley 1116 de 2006.

En la Sentencia T-513 de 2009, la Corte analiza una tutela promovida por un acreedor laboral contra la Superintendencia de Sociedades y una sociedad fiduciaria petrolera. A la primera le reprocha haber entregado los bienes de la liquidación a la segunda. A la segunda le reprocha no haber admitido su crédito cuando el proceso estaba siendo decidido por la Corte Suprema de Justicia y el haber respondido que todavía no existe un plan de pagos. Por la vía de tutela, el actor pretende que se le pague una indemnización moratoria y sus acreencias laborales indexadas. El *a quo* no concede el amparo, pues considera que la negativa a graduar el crédito del actor se funda en la circunstancia de que éste lo presentó de forma extemporánea al juez del concurso. El *ad quem* confirma esta decisión. Luego de precisar el ejercicio de funciones judiciales por la Superintendencia de Sociedades, la Corte examina las causales de procedibilidad de tutelas contra providencias judiciales y constata que el actor acudió de manera extemporánea a hacerse parte del proceso liquidatorio. Por lo tanto confirma las decisiones de los jueces de instancia.

En la Sentencia T-079 de 2010, se decide una tutela contra la Superintendencia de Sociedades, Intendencia Regional de Cali, porque ésta no reconoció un crédito a favor del actor, con el argumento de que no se acreditó la cuantía de la obligación. El *a quo* niega el amparo, por considerar que el juez de la liquidación hizo un análisis

razonable del material probatorio. El *ad quem* revoca la decisión de primera instancia, concede el amparo y, en consecuencia, ordena a la Superintendencia proferir un nuevo auto de calificación y graduación de los créditos, por considerar que se vulneró el derecho a la igualdad, ya que otros créditos originados en contratos de participación sí fueron reconocidos, y el derecho a una vivienda digna, porque el negocio fue celebrado con el propósito de acceder a una. La Corte revoca el fallo del *ad quem* y declara improcedente la acción, por no cumplir con las condiciones de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, en especial la relativa al principio de inmediatez.

En la Sentencia T-114 de 2010, la Corte se ocupa de una tutela de un acreedor laboral contra la Superintendencia de Sociedades, Intendencia Regional de Medellín, porque al momento de graduar y calificar los créditos rechazó el del actor, con el argumento de que su apoderado no tenía poder suficiente para representarlo en la liquidación. El *a quo* niega el amparo, por considerar que el actor tiene otros medios de defensa a su disposición y porque no aprecia vulneración de derechos fundamentales. El *ad quem* confirma la anterior decisión. Luego de reiterar lo dicho sobre procedencia de la tutela contra providencias judiciales, y sobre la base del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal y de instrumentalidad de las formas, la Corte revoca las decisiones de los jueces de instancia, concede el amparo y, en consecuencia, ordena a la Superintendencia incluir al actor en el proceso de liquidación.

En la Sentencia T-448 de 2010, se aprecia el caso de una persona que celebra dos contratos de crédito hipotecarios con un mismo banco y que, por estar en situación de insolvencia, causada por su desplazamiento causado por hostigamiento de la guerrilla, no ha podido cumplir. Al informarle esta situación al banco, éste responde que ya había cedido el crédito a una sociedad reestructuradora de créditos. Luego de presentar otra tutela, para que esta última sociedad le suministrara la información relativa a su caso, obtuvo como respuesta que pese a conocer del inicio de un proceso ejecutivo, no informó al juez su situación, lo que conllevó a que se declarara el embargo y remate de los bienes. El proceso se surtió en una sola instancia. El juez negó el amparo, por considerar que el actor tuvo la posibilidad

de defenderse en el proceso ejecutivo y que, además, tiene aún la posibilidad de defenderse en la diligencia de entrega, por medio de una oposición. La Corte, luego de precisar el alcance del principio de solidaridad en obligaciones crediticias a cargo de población desplazada, advierte que este procede en los procesos ejecutivos hipotecarios mientras no se haya surtido el registro del auto aprobatorio del remate y no se haya adjudicado el bien, pues en tal caso se hace necesario respetar los derechos de los terceros adquirentes de buena fe. Por lo tanto, confirma la decisión del juez de instancia.

En la Sentencia T-725 de 2010, aparece un nuevo caso de una persona enferma, con insolvencia económica, que tiene problemas graves para cubrir los copagos previstos por la seguridad social, como requisito para acceder al sistema sanitario. Se trata de una persona cubierta por el sistema subsidiado en salud, Sisben, que debió ser hospitalizado, y a cuyos familiares les cobran una suma de dinero que dicen no estar en capacidad de pagar. En el único fallo de tutela dictado en el proceso, el juez advierte que sí se prestaron los servicios sanitarios adecuados y que el cobro del copago se hace de manera posterior, por lo que, al tratarse de un asunto meramente económico, éste escapa a la órbita de la acción de tutela. La Corte revoca esta decisión, concede el amparo, exonera al deudor de pagar los copagos, ordena al acreedor a seguir prestando los servicios sanitarios sin exigir copagos. Para llegar a esta decisión, la Corte precisa el alcance del derecho a la salud de las personas de especial protección constitucional, como los adultos mayores; reitera su jurisprudencia sobre los copagos en el régimen subsidiado en salud; y aclara que respecto de personas del Sisben, se invierte la carga de la prueba, pues se presume que no tienen capacidad económica para cubrir los copagos.

c) Sentencias tipo c sobre la constitucionalidad de la Ley 1380 de 2010.

En la República de Colombia y, en general, en todos los Estados que tienen Constitución y Cortes o tribunales constitucionales, todo el derecho, incluso el privado, se ve afectado por su presencia. El anterior repaso sobre sentencias relevantes en materia de régimen de insolvencia es buena prueba de ello, y sirve como abre bocas para considerar las tres sentencias centrales en torno al régimen de insolvencia de las personas físicas no comerciantes. Me refiero a las Sentencias C-699 de 2007, C-460 de 2011 y C-685 de 2011.

El derecho, acaso por el prurito de la especialización y del principio de división del trabajo, solía considerar que la insolvencia es asunto exclusivo del derecho comercial. Si bien los comerciantes no suelen ser ajenos a incumplir sus obligaciones, con la carga de juicios ejecutivos, de concursos y de liquidaciones que ello puede conllevar, no son las únicas personas que pueden sufrir situaciones de insolvencia. El panorama actual, con países con tasas de desempleo de dos dígitos, con sistemas bancarios e hipotecarios al borde del colapso, y con finanzas que caminan al filo de la cornisa, es en esto revelador. Quizá por ser más conscientes de la realidad del incumplimiento, los comerciantes están más familiarizados con la teoría del riesgo y, por tanto, se pasan los días pensando en garantías, seguros, depreciaciones, etc., y también en organizar jurídicamente sus negocios de tal suerte que su responsabilidad patrimonial esté siempre, en la medida de lo posible, limitada. Ningún comerciante es tan insensato como para poner en riesgo todo su patrimonio. Por lo tanto, la quiebra de un comerciante puede significar una gran pérdida, pero no suele poner en juego su subsistencia. Cuando se pierde el crédito de la empresa, todavía se puede echar mano del crédito personal o de la familia. En este contexto, la quiebra de los no comerciantes es una situación mucho más gravosa y delicada, en términos económicos y sociales, pues si no hay una cobertura mínima de bienestar social, el resultado puede ser la indigencia.

La Ley 1116 de 2006 es el principal referente nacional cuando se habla de régimen de insolvencia. Y lo es porque se ocupa de los comerciantes. En una economía de mercado, siquiera por un momento, habrá algo más importante que las empresas. Un ciudadano decide demandar ante la Corte Constitucional la constitucionalidad de los artículos 3.8 y 126 de esta ley, con lo cual le brinda a ésta la oportunidad de pronunciarse sobre la situación de insolvencia de las personas físicas no comerciantes. En particular, para los efectos de este estudio, importa lo relativo al artículo 3 antedicho, que establece una serie de exclusiones para efectos de aplicar la ley. Entre tales exclusiones aparece en el numeral 8 la de las personas naturales no comerciantes. Algunas personas que intervienen en el proceso, lo hacen para sostener que la insolvencia es asunto exclusivo de los comerciantes y que, por tanto, la exclusión es razonable y casi que natural. A estas personas podría decirse con algo de guasa que ni la

insolvencia ni la insolencia son situaciones exclusivas de los comerciantes. El itinerario que sigue la Corte para resolver el caso pasa por un recuento histórico y por un análisis del problema jurídico, de los cuales se da cuenta en los párrafos siguientes.

Al escudriñar en los antecedentes del régimen de insolvencia en el derecho romano, en el derecho medieval y hasta en las Ordenanzas de Bilbao, de la diestra mano de Vivante⁸, la Corte precisa que ante una situación de insolvencia del deudor, los procesos concursales buscan una solución para los acreedores, afectado todo el patrimonio del deudor. Refiere que, en un comienzo, todos los acreedores estaban en la misma posición, conforme al principio *par conditio omnium creditorum*, situación que cambia cuando se establece la prelación de créditos. En el caso colombiano, la Corte considera como antecedentes relevantes la Constitución de 1821, que reincorpora como legislación interna las Ordenanzas de Bilbao; la Constitución de 1886, que unifica la legislación nacional y adopta el Código de Comercio de Panamá; el Decreto Ley 750 de 1940 y sus reformas, a los que califica como columna vertebral de la legislación mercantil nacional, hasta la expedición del Código de Comercio de 1971, para lo cual trae a cuento lo dicho en la Sentencia C-015 de 1997; el Decreto 350 de 1989 que modifica lo previsto en el Código de 1971; la Ley 222 de 1995, de la cual se ocupa la Corte, entre otras, en la Sentencia C-1143 de 2000; la Ley 550 de 1999, a la que se refiere la Corte, entre otras, en la Sentencia C-1551 de 2000; y a la Ley 1116 de 2006, que en ese momento era el último eslabón de la cadena.

Al analizar el problema jurídico, la Corte comienza por considerar si la existencia de un régimen de insolvencia para las personas físicas no comerciantes es o no un imperativo constitucional, pues de serlo se estaría ante una omisión legislativa. Para dilucidar la cuestión, la Corte se vale de las Sentencias C-015 de 1997, sobre el delito de alzamiento de bienes, C-1551 de 2000, sobre el margen de configuración del legislador en materia económica y, a título ilustrativo, de los artículos 539, 540 y 541 del Código de Procedimiento Civil. A la postre la Corte no encuentra que exista en realidad un claro imperativo constitucional para que dicho régimen exista, por lo cual declara exequible el artículo 3.8 de la Ley 1116 de 2006, pero,

⁸ César Vivante, *Tratado de Derecho Comercial*, vol 1, Editorial Reus, Madrid, 1932.

en vista de razones de suficiencia y de conveniencia que deben ser analizadas por el legislador, a renglón seguido lo exhorta “para que dentro del ámbito de su potestad de configuración legislativa expida un régimen universal para personas naturales no comerciantes”. Las razones que la Corte aduce para esta exhortación son las siguientes:

La protección de la persona del deudor, se confía, entonces, a instrumentos específicamente orientados a ese fin, pero la evaluación sobre la suficiencia de los medios de protección al alcance del deudor, la necesidad de otros instrumentos procesales para hacer frente a las situaciones de crisis, y la naturaleza y las características de los mismos es algo que entra el ámbito de la potestad de configuración legislativa, sin que le corresponda al juez constitucional, imponer como imperativo derivado de la Constitución, un determinado modelo de protección de los intereses del deudor, de los acreedores y de la sociedad en su conjunto.

No se escapa a la Corte que pueden existir consideraciones de conveniencia, como las que señala el actor, que sugieran la necesidad de establecer un régimen de insolvencia orientado de manera específica a atender la situación del deudor persona natural no comerciante que se encuentre en insolvencia, pero las determinaciones en cuanto a la oportunidad para hacerlo, así como, los presupuestos que deban tenerse en cuenta para su procedencia o los instrumentos que deban aplicarse para atender la situación de crisis del deudor pertenecen al ámbito de configuración del legislador.

Por consiguiente no resulta contrario a la Constitución que el legislador haya derogado el Título II de la Ley 222 de 1995 sin que el régimen de insolvencia de la Ley 1116 de 2006 se haya hecho extensivo a las personas naturales no comerciantes.

No obstante lo anterior, considera del caso la Corte puntualizar que, si bien los procesos concursales son, fundamentalmente, mecanismos orientados a la protección del crédito, no es menos cierto que a través de ellos puede hacerse efectivo el principio de solidaridad en aquellos casos en los que, como consecuencia de una situación de insolvencia, el deudor se encuentre en una situación de debilidad manifiesta que afecte sus derechos fundamentales, razón por la cual resultaría acorde con dicho principio que el legislador estableciese un proceso concursal específico para las personas naturales no comerciantes que se encuentren en un estado de insolvencia. Para tal efecto, la Corte hará un exhorto al Congreso de la República, para que dentro de su potestad de configuración legislativa expida un régimen universal al que puedan acogerse las personas naturales no comerciantes en situación de insolvencia.

La consecuencia directa de la anterior exhortación es la Ley 1380 de 2010, como se advirtió al momento de estudiar su proceso de formación. Esta circunstancia revela la interesante interrelación que tienen en la institucionalidad colombiana la Corte Constitucional y el Congreso de la República, y da cuenta de la incidencia de la jurisprudencia, e incluso de las exhortaciones de la primera, en la conformación de nuestro derecho.

En su efímera vigencia, la ley 1380 de 2010, alcanzó a sufrir dos demandas en las cuales se cuestionaba su constitucionalidad. La primera, estudiada en la Sentencia C-460 de 2011, se ocupa de revisar la constitucionalidad de los artículos 2, 4.1, 16, 17, 18 y 25. La Corte decide declararse inhibida para pronunciarse de fondo, dada la ineptitud sustantiva de la demanda, como se lo había solicitado el Ministerio Público, ya que el actor no satisfizo las exigencias de certeza, claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia, al momento de elaborar sus cargos.

La segunda demanda se decide en la Sentencia C-685 de 2011. El texto de esta sentencia todavía no se conoce, pero su contenido se da cuenta en el Comunicado de Prensa 38 del 19 y 21 de septiembre de 2011⁹. A partir de lo que aparece en el comunicado, se tiene que la Corte decidió declarar inexecutable la Ley 1380 de 2010, junto con las Leyes 1373, 1375, 1377 y 1378 de 2010, por haberse incurrido en un vicio insubsanable en su proceso de formación, como se lo había solicitado el Ministerio Público. El vicio consiste en la inadecuada convocatoria que hizo el Gobierno Nacional al Congreso de la República a las sesiones extraordinarias, en las cuales se debatieron y aprobaron las citadas leyes, pues según lo previsto en el artículo 138 de la Constitución Política y 85 de la Ley orgánica de reglamento del Congreso, el decreto hace la convocatoria debe publicarse antes de que se realicen las sesiones en comento, lo cual se pudo verificar que no ocurrió en este caso. De esta decisión salvaron su voto los Magistrados Nelson Pinilla Pinilla y Mauricio González Cuervo, por considerar que no existe el vicio aludido, y que de existir era subsanable, ya que las normas superiores aluden a poner

⁹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2038%20comunicado%2019%20y%2021%20de%20septiembre%20de%202011.php>

en conocimiento del Congreso la convocatoria, para lo cual no es indispensable su publicación.

La efímera vigencia del régimen de insolvencia para las personas físicas no comerciantes, que está confinado en su origen y en su final por sendas sentencias tipo c de la Corte Constitucional, ha producido muchos sinsabores. Como me lo decía un amigo que se dedica a estos menesteres, apenas había empezado a hablar del régimen, cuando al salir de clase le cayó encima la noticia de que la ley que lo establece había sido declarada inconstitucional. Coyunturas como esta, reafirman la necesidad de que el Congreso rehaga la plana, valga decir, que retome la exhortación que en el año 2007 le hiciera la Corte, para lo cual el fallido intento que fue la Ley 1380 de 2010 puede y debe ser el punto de partida. También reafirman la necesidad de que el proceso legislativo se haga con mayor rigor, para no incurrir en vicios en el proceso de formación de las leyes, para lo cual bien valdría dotar al Congreso de la República de un cuerpo de letrados, que no de asesores personales de los congresistas, para que asesoren a las mesas directivas de las cámaras y se evite cometer desaguizados como este.

C. Críticas de la doctrina a la doctrina constitucional sobre insolvencia

Para Tirios y Troyanos el principio de la supremacía de la Constitución Política ha sido y es un trago amargo. La situación es especialmente delicada cuando se trata de cultores del derecho privado, a los cuales le parece que la irrupción del derecho constitucional en sus cotos de caza, es una tropelía digna de los confusos tiempos en los que vivimos, pero indigna e irrespetuosa frente a la grandeza de un derecho que lleva fraguándose milenios, desde los tiempos de Roma y aun antes. Del arsenal de críticas, por su pertinencia para el objeto de este escrito, merece la pena traer a cuento las de Francisco Reyes Villamizar¹⁰, Rodrigo Uprimny Yepes¹¹ y Mauricio Rubio¹².

¹⁰ Ver *Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano derivadas de la interpretación constitucional*, Revista Criterio Jurídico, vol. 8, núm. 1, pp. 65-95.

¹¹ Ver *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*, en *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Germán Burgos S. (Ed.), Colección Textos de aquí y ahora, ILSA, Bogotá, 2003.

¹² Ver *Entre la informalidad y el formalismo. La acción de tutela en Colombia*, Documentos de Trabajo No. 32, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

a) Crítica sobre la interpretación constitucional

El profesor Reyes Villamizar acomete lanza en ristre contra el fenómeno de constitucionalización del derecho privado, que imputa a la Corte Constitucional, pues en su sentir se afecta de manera indeseable el valor de la seguridad jurídica. Centra su crítica en dos factores: la falta de rigor de muchas sentencias y la inercia del Congreso de contrarrestar por medio de leyes los precedentes que afectan las condiciones de inversión. Para ilustrar su crítica se vale del análisis de más de diez sentencias de esta Corte, respecto de las cuales argumenta que es muy difícil determinar la *ratio decidendi*, pues el uso de la teoría del *stare decisis* es a su juicio tan deficiente, que ni siquiera se respeta o acata lo consignado en las sentencias que contienen precedentes, en las sentencias ulteriores. Del tono y del alcance de su discurso da cuenta el siguiente texto:

Es sabido que varias determinaciones erráticas emitidas de modo apresurado por nuestra Corte Constitucional han suscitado incertidumbre y han perjudicado la indispensable seguridad jurídica, con consecuencias muy graves para la inversión. En el campo específico de las sociedades anónimas, por ejemplo, el alto tribunal ha dejado sin piso en varias ocasiones el principio de limitación de responsabilidad, a pesar de tratarse de un postulado que se respeta universalmente. Tal como se analizará más adelante, en varias sentencias de escaso fundamento técnico se ha forzado a los accionistas a pagar deudas que, de otra forma, le corresponderían a la compañía, sin que se cumpla un riguroso escrutinio de la conducta de aquéllos.

Si se sigue con el análisis del prolijo y sentido texto del profesor Reyes, se encuentra una posición moderada, pues de un lado no se hace una crítica a la jurisprudencia constitucional *per se*, sino a algunas decisiones en particular, a las que se acusa de falta de rigor. Sin embargo, el discurso concluye con una propuesta que podría calificarse como paradójica: la solución al problema de la constitucionalización del derecho privado no es desconstitucionalizarlos sino, por el contrario, incorporarlos a la Constitución Política, por medio de una reforma constitucional, para no dejarlos en manos de los vaivenes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En sus palabras:

En Colombia tampoco debe descartarse la alternativa de una reforma constitucional. En una Carta Política tan prolija en disposiciones de toda índole, no sorprende que se produzca por lo menos una enmienda

constitucional por año. Y aunque no debería hacer carrera la tesis de reformar la Constitución para todo, no es descabellado proponer una modificación que introduzca normas sobre sociedades y concursos. La relevancia de estas reformas sería crucial en épocas de auge económico, cuando se requirieren reglas claras y garantías adecuadas para la inversión. Se trataría de introducir uno o dos preceptos en los que se definiera en términos precisos el alcance del principio de limitación de responsabilidad en las sociedades de capital y sus excepciones, así como la definición de una jurisdicción concursal sin esquinces al principio de colectividad ni al foro de atracción que lo caracteriza. Estas normas serían indispensables para recuperar la confianza en la sociedad comercial en Colombia, cuya credibilidad ha sido minada por las referidas sentencias de la Corte Constitucional.

b) Crítica sobre las decisiones constitucionales

El profesor Uprimny Yepes, sobre la base de la diferencia creciente, que señala Amartya Sen, entre ética y economía, se propone analizar la compleja relación entre economía y derecho. De una parte, trae a cuento la escuela del análisis económico del derecho, con Posner y Calabresi y, de otra, a la escuela neoinstitucionalista, con North, para generar condiciones adecuadas para un diálogo entre economistas y juristas en torno de las decisiones constitucionales en materia económica. En este contexto plantea cuatro cuestiones centrales, a saber:

En primer término, un problema de fundamentación: ¿es posible y legítimo que exista un control constitucional de la economía? En segundo término, uno que es institucional: ¿cuáles son los diseños procesales más adecuados para el desarrollo de la justicia constitucional en este campo? En tercer término, existe un problema hermenéutico: ¿es necesaria alguna forma especial de interpretar y aplicar la Constitución en materia económica, o son válidas las herramientas argumentativas ordinarias? Y finalmente uno empírico, referido al trabajo de la Corte: ¿qué tan acertadas o equivocadas han sido sus decisiones?

El objeto y la extensión de este ensayo no permiten abordar todas las cuestiones, pese a su innegable interés, sino que exigen concentrar el análisis en la primera de ellas. Respecto de esta cuestión, que es la principal, Uprimny organiza las críticas en seis grupos: (i) críticas sobre la idoneidad y experiencia de los jueces en materias económicas; (ii) críticas sobre el derroche de recursos públicos por parte

de los jueces, en una especie de “populismo judicial”; (iii) críticas a partir de principio democrático, sobre la condición no democrática de los jueces; (iv) críticas sobre la constitucionalización de la economía y de un determinado modelo de desarrollo por parte de los jueces; (v) críticas sobre la inseguridad jurídica que generan las decisiones de los jueces para los contratos, la regulación y la inversión, y en general para el crecimiento económico, dentro de las cuales podría estar la de Reyes, a la que se acaba de aludir; (vi) críticas sobre el efecto perverso de las decisiones de los jueces en materia económica, pues acaban por relegar al Congreso como foro adecuado para ese propósito, pues las demandas cumplen el papel que le corresponde a la política. Pese a reconocer el valor de las anteriores críticas, Uprimny cree que es posible refutarlas, y lo intenta hacer en un complejo y prolijo discurso, que merece la pena considerar en otra oportunidad, ya que de lo que se trata aquí es de mostrar las críticas, y eso se ha cumplido.

c) Crítica sobre la incidencia de la acción de tutela

El profesor Rubio trata de analizar las críticas que hacen los economistas, aunque no sólo ellos, a los problemas que la acción de tutela genera a la economía y a los negocios privados. Escribe su texto motivado por la hipótesis que sostiene Alejandro Gaviria con ocasión de una tutela que decidió un asunto relativo a unas becas de Colciencias, y por la hipótesis que, en respuesta, plantea Mauricio García Villegas. Al terciar en el debate, Rubio introduce una dualidad provocadora, pues a la jurisprudencia opone la jusnecedad. La diferencia entre lo uno y lo otro guardaría una relación estrecha con la información de la cual se dispone, así:

La falta de información y los eventuales desatinos de la justicia constitucional están íntimamente relacionados. Los segundos se escudan en la primera. Para prevenir, para erradicar las arbitrariedades se debería ventilar, hacer público y discutir todo lo que ocurre en la jurisdicción. Y no sólo, como ocurre actualmente, lo que se revisa en la Corte Constitucional.

A partir de unas notas de prensa, que parece coleccionar con fruición y paciencia, Rubio atribuye una serie de defectos a la acción de tutela, entre los cuales está el de contribuir de manera eficaz a la congestión de la administración de justicia. Dada lo sentido de su

argumentación y lo interesante de su prosa, merece la pena traer a cuento *in extenso* la síntesis de su crítica, así:

El argumento central es que existe un abismo, y no pocas contradicciones, entre la jurisprudencia constitucional y la acción de tutela. La primera es flexible, dinámica y ha mostrado ser adaptable a la realidad mientras la segunda, supuestamente informal, es rígida y está sofocada por los plazos breves e inmodificables. La inflexibilidad de los términos –un espejismo de agilidad heredado del formalismo– corroe su funcionamiento, impide su calidad, condena sus posibilidades de adaptación y está causando perjuicios en la justicia ordinaria. La jurisprudencia constitucional tiene altísimo nivel, es elegante, elaborada, profunda, decantada pero dinámica, sofisticada, respetada. La acción de tutela, a pesar de su popularidad, es burda, desorganizada, poco predecible, a veces desconcertante y está teniendo efectos indeseables sobre el entorno jurídico. En buena parte porque sigue hundida en la informalidad; es una especie de San Victorino de la justicia. Lo más dramático es que así se la promovió, como un instrumento informal. La jurisprudencia constitucional ha demostrado ser, como pregona el nuevo derecho, un sustituto idóneo del legislativo. La acción de tutela, por el contrario, está mostrando las mismas limitaciones formalistas de la justicia tradicional para adaptarse a la realidad, para defenderse de los tinterillos y para hacer cumplir las normas. A pesar de lo anterior –una jurisprudencia consolidada con una justicia de primera instancia que causa creciente daño colateral– se sigue argumentando, con frágil evidencia, que la segunda es indispensable para la primera.

Conclusiones

*Pobre, pero endeudado sólo conmigo mismo.
Quinto Horacio Flaco.*

Cualquier medida que se tome en materia de insolvencia, y en general en materias jurídicas, así se considere que éstas son propias del derecho privado, debe considerar el principio del Estado Social y Democrático de Derecho y respetar el principio de la supremacía de la Constitución Política.

En razón de las implicaciones sociales que tiene la insolvencia, incluso cuando se trata de una persona física no comerciante, no se puede sostener que sea un asunto exclusivo del derecho mercantil, ya que involucra importantes intereses públicos, como los fiscales y laborales, que involucran el orden público.

Dado que la situación de insolvencia no es ajena a las personas físicas no comerciantes, es necesario tener un régimen legal de la misma.

La Ley 1380 de 2010, de breve vigencia, debe ser el punto de partida del esfuerzo para elaborar dicho régimen legal.

Las personas físicas no comerciantes requieren un régimen de insolvencia que tenga unas características y condiciones diferentes del previsto para los comerciantes, en especial en materia de sencillez, bajo costo y decisiones prontas.

La República de Colombia está en mora de adoptar un régimen de insolvencia para las personas físicas no comerciantes, con el debido cuidado para no incurrir en vicios en el proceso de formación de la correspondiente ley.

Las críticas que se hacen a la jurisprudencia constitucional y a la acción de tutela, si bien deben motivar un debate serio y riguroso, como ya está empezando a ocurrir, no implican obstáculos insalvables.

Referencias bibliográficas

Normativas

Código de Comercio de Panamá.

Código de Comercio de Colombia.

Código de Procedimiento Civil de Colombia.

Constitución Política de 1821.

Constitución Política de 1886.

Decreto 750 de 1940.

Decreto 2264 de 1969.

Decreto 350 de 1989.

Decreto 4334 de 2008.

Decreto 4704 de 2008.

Decreto 4705 de 2008.

Diario Oficial 47.603 del 25 de enero de 2010.

Gaceta del Congreso 494 de 2008.

Gaceta del Congreso 865 de 2008.

Gaceta del Congreso 239 de 2009.

Gaceta del Congreso 562 de 2009.

Gaceta del Congreso 912 de 2009.

Gaceta del Congreso 1297 de 2009.

Gaceta del Congreso 1313 de 2009.

Ley 222 de 1995.

Ley 550 de 1999.

Ley 1116 de 2006.

Ley 1373 de 2010.

Ley 1375 de 2010.

Ley 1377 de 2010.

Ley 1378 de 2010.

Ley 1380 de 2010.

Ordenanzas de Bilbao.

Proyecto de ley 055 de 2008 Cámara, 346 de 2009 Senado.

Jurisprudenciales

Comunicado de Prensa 38 del 19 y 21 de septiembre de 2011.

Sentencia C-434 de 1996.

Sentencia C-015 de 1997.

Sentencias C-996, C-1185 y C-1551 de 2000.

Sentencia C-052 de 2001.

Sentencias C-493 y C-590 de 2002.

Sentencia C-699 de 2007.

Sentencias C-145 y C-283 de 2009.

Sentencia C-071 de 2010.

Sentencias C-460 y C-685 de 2011.

Sentencia T-960 de 2008.

Sentencias T-207, T-316, T-513 de 2009.

Sentencia T-079, T-114, T-448 y T-725 de 2010.

Doctrinales

Favier Dobois (Editor), *Código de Quiebra de los Estados Unidos de América*, Errepar, Buenos Aires, 2002.

Reyes Villamizar, *Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano derivadas de la interpretación constitucional*. Revista Criterio Jurídico, vol. 8, núm. 1, pp. 65-95.

Rubio, Mauricio, *Entre la informalidad y el formalismo. La acción de tutela en Colombia*, Documentos de Trabajo No. 32, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

Uprimny Yepes, Rodrigo, *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*, en *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?*, Germán Burgos S. (Ed.), Colección Textos de aquí y ahora, ILSA, Bogotá, 2003.

¿EXISTE CONTRADICCIÓN O NO, ENTRE LA PROMULGACIÓN DE LEYES DE AMNISTÍA Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS?

*Juan Ángel Palacio Hincapié**

El tratamiento de las amnistías en el derecho internacional.

I. Introducción

En el contexto de una situación mundial históricamente caracterizada por la existencia de guerras, conflictos y situaciones vulneradoras de los derechos fundamentales de los seres humanos, el derecho se ha visto en la necesidad de crear figuras que permitan, en procesos respetuosos de las debidas garantías procedimentales, revertir la situación ilícita generadora de violaciones, al tiempo que generar una transición que garantice la no ocurrencia de tales hechos con posterioridad.

Bajo esta perspectiva el Derecho internacional se ha encargado de poner, en un ámbito más allá de lo doméstico, una serie de reglas, nacientes de la voluntad de los mismos Estados, con el fin de generar obligaciones de carácter universal, encaminadas a la protección, garantía, prevención de violaciones y reparación de las víctimas en caso de la existencia de violaciones.

La amnistía como figura jurídica ha sido utilizada en diversas ocasiones, muchas de ellas de manera exitosa. Sin embargo, ha de saberse que su uso es regulado mediante disposiciones del derecho internacional, las cuales han de cumplirse so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

*Tratadista de Derecho y profesor Universitario. Director Departamento de Derecho Público, Escuela de Derecho, Universidad Sergio Arboleda.

En este sentido, este trabajo tiene por fin dar una visión sobre las disposiciones que existen en la jurisprudencia de las Cortes Regionales de Derechos Humanos y la posible contradicción con las amnistías que se conceden por el legislador, como justicia transicional, para obtener en determinado momento el sosiego en territorio y en virtud de esas circunstancias, pueden resultar afectados derechos fundamentales.

II. Desarrollo

La palabra amnistía procede del griego y significa olvido. Jurídicamente la amnistía es definida como “aquella institución por virtud de la cual el poder público, en razones de alta política, anula la relevancia penal de ciertos hechos extinguiendo las responsabilidades punitivas dimanantes de los mismos”¹, lo que nos permite inferir que la amnistía es un instrumento que se caracteriza por proceder del poder ejecutivo de un Estado; es una figura que atiende a una necesidad de carácter público; y jurídicamente busca borrar la existencia del delito tanto en su pena como en la historia de su acción. En el mismo sentido, expresa el trabajo de Juan Ramón Martínez Vargas y Andrea Mateus Rugeles “La amnistía es un beneficio otorgado por el gobierno de un Estado que implica la extinción de la acción penal”².

Para justificar la pertinencia de este tipo de figura podemos acudir a las palabras de Radbruch, que, a mi modo de ver, muy acertadamente, establecen que “junto al derecho existen también otros valores, y que hasta puede ser necesario ayudar a la realización de estos valores aún contra el derecho”³

Ya refiriéndonos particularmente al continente americano y su sistema internacional de protección. Tenemos que las circunstancias de los países pertenecientes al sistema han girado en torno a la existencia de dictaduras y situaciones de violencia, que han obligado

¹ PUI PEÑA FEDERICO, Enciclopedia Jurídica F. Seix Editó, Tomo II, págs. 633

² Aproximación al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional en Terrorismo e Instrumentos internacionales, proyecto de investigación, Universidad del Rosario. Facultad de jurisprudencia. Doctorado en Derecho. Documento base para el estudio del tema sobre amnistía, entregado como soporte por el doctor Joaquín González Ibañez. Bogotá, 2011.

³ RADBRUCH GUSTAV, Revista de filosofía del Derecho “Revista de Derecho Privado” Número 4, Madrid, 1959.

a procesos de transición para la obtención de la paz, en donde se ha suscitado la necesidad de aplicación de la amnistía para la obtención de dicho fin. En esta materia son emblemáticos los casos peruanos y el más resistente contra Brasil en el que se delimita, valiéndose de pronunciamientos en el marco del sistema europeo de protección de los derechos humanos, las reglas que legitiman el uso de esta figura.

A continuación haremos un recorrido por diversos organismos y cortes de derecho internacional para así determinar el contenido y alcance de la figura de la amnistía en el actual derecho internacional de los Derechos Humanos, teniendo como base principal la descripción que en este sentido ha hecho la CRIDH en el caso *Gomes Lund vs. Brasil*.

El punto de partida para la determinación del alcance y procedencia de la amnistía gira en torno a las obligaciones que tienen los Estados en relación con la existencia de violaciones a los DDHH.

La Corte Interamericana se ha referido a la obligación de los Estados de cumplir con el deber de justicia penal⁴ estableciendo que “La obligación de investigar y, en su caso, enjuiciar y sancionar, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*”⁵.

De este modo inferimos del estudio jurisprudencial que el tribunal ha establecido el deber de investigar como una obligación de medios y no de resultado, estando el Estado obligado a generar las condiciones, tanto institucionales como fácticas, para que las mismas no estén llamadas indefectiblemente a fracasar⁶. En otras palabras, en caso de graves violaciones de Derechos humanos, los Estados han de adelantar las investigaciones *ex officio* y sin dilación, de una manera

⁴ CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, párr. 166.

⁵ CrIDH, Caso Goiburú y otros, párr. 84; Caso Chitay Nech y otros, párr. 193, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, párr. 197.

⁶ CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, párr. 177; Caso Fernández Ortega y otros, párr. 191, y Caso Rosendo Cantú y otra, párr. 175.

seria, imparcial y efectiva⁷, con el fin de obtener el esclarecimiento efectivo de los hechos mediante la determinación de la verdad.⁸

Adicionalmente, tenemos que el deber de justicia penal entendido como el deber de investigar y sancionar a los responsables, se encuentra acompañado de la obligación de garantía. En palabras del Tribunal “Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁹. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos¹⁰. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”¹¹.

La responsabilidad estatal de sancionar graves violaciones a los derechos humanos, además de haber sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido corroborada por otras cortes regionales, de las cuales ésta ha tomado sus pronunciamientos. Así pues, tenemos que El Sistema Europeo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han determinado que en casos de violaciones al derecho a la vida o a la integridad personal, la noción de un “recurso efectivo” va más allá de la obtención de un pago como reparación, pues el mismo debe incluir la efectiva participación de las víctimas en un proceso con garantías, encaminado al esclarecimiento de los hechos¹².

⁷ CrIDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 143; Caso Rosendo Cantú y otra, párr. 175, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, párr. 65.

⁸ CrIDH, Caso Gómez Lund Vs. Brasil, párr. 107.

⁹ CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, párr. 166; Caso González y otras (“Campo Algodonero”), párr. 236, y Caso De la Masacre de las Dos Erres, párr. 234.

¹⁰ CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, párr. 166; Caso Ticona Estrada y otros, párr. 112.

¹¹ CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, párr. 176; Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, párr. 76, y Caso González y otras (“Campo Algodonero”), párr. 288.

¹² T.E.D.H Case of Aksoy v. Turkey. Application No. 21987/93, Judgment of 18 December 1996, para. 98; T.E.D.H. Case of Aydin v. Turkey. Application No. 23178/94, Judgment of 25

En el Naciente Sistema Africano, la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos ha determinado la improcedencia de la completa inmunidad ante el procesamiento y juzgamiento de casos relativos a violaciones a DDHH, explicando que el cumplimiento de las obligaciones estatales en torno a la garantía efectiva del derecho al recurso efectivo y la lucha contra la impunidad, requiere que la víctima sea reparada satisfactoriamente, mediante la condena adecuada a sus perpetradores¹³.

En esta línea de ideas también encontramos pronunciamientos en el sistema universal de protección de los DDHH, por ejemplo, el Comité ONU contra la Tortura ha establecido que los Estados frente a la comisión de actos de tortura debe realizar una investigación imparcial e inmediata¹⁴.

En igual sentido, la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas consideró que la efectiva sanción a responsables de graves violaciones a los DDHH, constituye “un factor fundamental para garantizar un sistema de justicia justo y equitativo y, en definitiva, promover una reconciliación y una estabilidad justas en todas las sociedades, inclusive en las que se encuentran en situación de conflicto o posconflicto, y pertinente en el contexto de los procesos de transición”¹⁵. Esta tendencia y línea de pensamiento ha sido sostenida igualmente por diversas relatorías de la Organización de Naciones Unidas.¹⁶

September 1997, para. 103; T.E.D.H. Case of Selçuk and Asker v. Turkey. Applications Nos. 23184/94 and 23185/94, Judgment of 24 April 1998, para. 96, y T.E.D.H. Case of Keenan v. United Kingdom. No. Application 27229/95, Judgment of 3 April 2001, para. 123.

¹³ A.C.H.P.R., Case of Mouvement Ivoirien des Droits Humains (MIDH) v. Côte d’Ivoire, Communication No. 246/2002, July 2008, paras. 97 y 98.

¹⁴ C.A.T., Caso Qani Halimi-Nedzibi Vs. Austria. Comunicación No. 8/1991, Dictamen de 30 de noviembre de 1993, párr. 13.5; C.A.T., Caso Saadia Ali Vs. Túnez. Comunicación No. 291/2006, Dictamen de 21 de noviembre de 2008, párr. 15.7, y C.A.T., Caso Besim Osmani Vs. Serbia. Comunicación No. 261/2005, Dictamen de 8 de mayo de 2009, párr. 10.7.

¹⁵ Comisión de Derechos Humanos. Impunidad. Resolución 2005/81, 61º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/81, de 21 de abril de 2005. En el mismo sentido véase también Comisión de Derechos Humanos. Impunidad. Resoluciones: 2004/72, 60º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2004/72, de 21 de abril de 2004; 2003/72, 59º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2003/72, de 25 de abril de 2003; 2002/79, 58º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2002/79, de 25 de abril de 2002; 2001/70, 57º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2001/70, de 25 de abril de 2001; 2000/68, 56º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2000/68, de 27 de abril de 2000, y 1999/34, 55º período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/34, de 26 de abril de 1999.

¹⁶ Informe final del relator Cherif Bassiouni. Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia

En conclusión, tenemos que para el derecho internacional de los DDHH, la posibilidad de dejar sin sanción a los responsables de violaciones a Derechos Humanos, es una posibilidad que pone en vilo las obligaciones que en este sentido se han plasmado en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Para las cortes, especialmente para la interamericana, hace parte de la reparación efectiva a la víctima el juzgamiento y sanción de los responsables de perpetraciones, es decir, que quienes fueron los agentes activos de la degradación de los derechos humanos se les investigue, castigue y se resarza a la las víctimas. Lo anterior, en el plano de la aplicabilidad de la amnistía condiciona de manera tangencial su aplicabilidad, lo que nos lleva a concluir que esta figura para su legal uso se encuentra enmarcada en una serie de requisitos y circunstancias de carácter excepcional y no podría admitirse, en principio, frente a la violación grave de los derechos humanos.

Las amnistías y demás figuras que analógicamente persiguen la misma finalidad, en ocasiones se han constituido en la barrera para la investigación de casos de violaciones a Derechos Humanos, por lo que las cortes han sido reiterativas en prohibir la compatibilidad de estas normas en el tratamiento de casos sobre violaciones a los DDHH.

En el caso de la CrIDH, ésta ha tenido la oportunidad de dejar sentada esta posición en diversos casos como los son *Barríos Altos y La Cantuta vs. Perú*; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, y *Gómez Lund vs. Brasil*. En igual sentido, la Comisión interamericana ha tenido la posibilidad de conocer y pronunciarse en trámite en su instancia

y la impunidad. El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/2000/62, de 18 de enero de 2000, Anexo: Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Principio 3, pág. 7. Cfr. también, Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005, Principio 1, pág. 7.

en casos similares en Argentina¹⁷, Chile¹⁸, El Salvador¹⁹, Haití²⁰, Perú²¹ y Uruguay²².

La incompatibilidad de las amnistías relativas a violaciones graves de derechos humanos con el derecho internacional ha sido también tratada y corroborada por otras cortes y organismos de diferentes sistemas. El Sistema Europeo, por medio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha enfatizado, en casos de tortura, sobre la importancia de que este delito no prescriba y además no sea susceptible de ser amnistiado, enmarcándolo en una prohibición²³; por su parte la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, ha establecido que las leyes de amnistía no pueden ser una herramienta de protección y defensa para el Estado²⁴, prohibiendo el juzgamiento de perpetradores de violaciones graves a derechos humanos mediante el otorgamiento de amnistías, al considerar que esta medida promueve la impunidad y cierra la posibilidad de una adecuada reparación²⁵.

En el ámbito universal, los órganos de protección de derechos humanos, se ha seguido la misma corriente que los Tribunales destacándose pronunciamientos como el del Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 31, en el cual se manifestó la obligación de los Estado de hacer comparecer ante la justicia a los perpetradores de crímenes como tortura y otros tratos crueles, inhumanos

¹⁷ CIDH. Informe No. 28/92, Casos 10.147; 10.181; 10.240; 10.262; 10.309, y 10.311. Argentina, de 2 de octubre de 1992, párrs. 40 y 41.

¹⁸ CIDH. Informe No. 34/96, Casos 11.228; 11.229; 11.231, y 11.282. Chile, de 15 de octubre de 1996, párr. 70, y CIDH. Informe No. 36/96. Chile, de 15 de octubre de 1996, párr. 71.

¹⁹ CIDH. Informe No. 1/99, Caso 10.480. El Salvador, de 27 de enero de 1999, párrs. 107 y 121.

²⁰ CIDH. Informe No. 8/00, Caso 11.378. Haití, de 24 de febrero de 2000, párrs. 35 y 36.

²¹ CIDH. Informe No. 20/99, Caso 11.317. Perú, de 23 de febrero de 1999, párrs. 159 y 160; CIDH. Informe No. 55/99, Casos 10.815; 10.905; 10.981; 10.995; 11.042 y 11.136. Perú, de 13 de abril de 1999, párr. 140; CIDH. Informe No. 44/00, Caso 10.820. Perú, de 13 de abril de 2000, párr. 68, y CIDH. Informe No. 47/00, Caso 10.908. Perú, 13 de abril de 2000, párr. 76.

²² CIDH. Informe 29/92. Casos 10.029, 10.036 y 10.145. Uruguay, de 2 de Octubre de 1992, párrs. 50 y 51.

²³ T.E.D.H., Case of Abdülşamet Yaman v. Turkey, Judgment of 2 November 2004, Application No. 32446/96, para. 55.

²⁴ A.C.H.P.R., Case of Malawi African Association and Others v. Mauritania, Communication Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 and 210/98, Decision of 11 May 2000, párr. 83.

²⁵ A.C.H.P.R., Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe, Communication No. 245/02, Decision of 21 May 2006, párrs. 211 y 215.

o degradantes, las privaciones de vida sumarias y arbitrarias y las desapariciones forzosas.²⁶.

En este mismo sentido, el Secretario General de las Naciones Unidas, al informar sobre los procesos de transición en Estados que han sufrido o sufren conflicto, señaló que:

[...] los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca pued[e]n prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos [...].²⁷.

A lo anterior, podemos sumar lo establecido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el sentido que,

“[1] las amnistías que exoneran de sanción penal a los responsables de crímenes atroces en la esperanza de garantizar la paz suelen fracasar en el logro de su objetivo, y en lugar de ello han alentado a sus beneficiarios a cometer nuevos crímenes. Por el contrario, se ha llegado a acuerdos de paz sin disposiciones relativas a amnistía en algunas situaciones en que se había dicho que la amnistía era una condición necesaria para la paz y en que muchos temían que los enjuiciamientos prolongaran el conflicto²⁸.

A nivel local, enfocándonos en las Américas, tenemos ejemplos de aplicación de dichos estándares a nivel local, un ejemplo de ello es el Caso Simón vs, argentina, en donde se declaró ilegal la amnistía por obstaculizar la justicia real.²⁹

²⁶ C.D.H., Observación General 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004, párr. 18. Esta Observación General amplió el contenido de la Observación número 20, referente sólo a actos de tortura, a otras graves violaciones de derechos humanos. Al respecto, también cfr. C.D.H. Observación General 20: Reemplaza a la Observación General 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (art. 7), U.N. A/47/40(SUPP), Anexo VI, A, de 10 de marzo de 1992, párr. 15.

²⁷ Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. U.N. Doc. S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, párr. 10.

²⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto, supra nota 207, pág. V.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., Causa 17.768, Resolución de 14 de junio de 2005, Considerando 31.

En igual línea Chile a través de su Corte Suprema de Justicia delimitó temporalmente la amnistía que se estaba aplicando en el país³⁰ e incluso en otro caso anuló una sentencia absolutoria por aplicación indebida de la ley de amnistía³¹:

En otro caso, el Tribunal Constitucional de Perú, precisó las circunstancias en que hay que delimitarse el uso de la amnistía, dejando sentado que ha de anularse los procesos en que su aplicación sea abusiva³². En el mismo sentido, se pronunció recientemente la Suprema Corte de Justicia de Uruguay respecto de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado en ese país, considerando que si bien las amnistías son válidas para casos extraordinarios, el Legislativo tiene facultades limitadas para la aplicación de las mismas, especialmente cuando se trate de su aplicación a funcionarios estatales que hayan cometido graves violaciones.³³

Finalmente, cabe recalcar que la Corte Constitucional de Colombia, en diversos casos se ha referido al deber de evitar la aplicación de disposiciones internas de amnistía. Y refiriéndose a éstas ha establecido la Corte en el caso *Gomes Lund vs. Brasil*:

“Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos”³⁴.

³⁰ Corte Suprema de Justicia de Chile. Decisión del Pleno respecto de la instancia que verá la aplicación de la Ley de Amnistía en el caso del secuestro del mirista Miguel Ángel Sandoval, Rol No. 517-2004, Caso 2477, de 17 de noviembre de 2004, Considerando 33.

³¹ Corte Suprema de Justicia de Chile, Caso de Claudio Abdón Lecaros Carrasco seguido por el delito de secuestro calificado, Rol No. 47.205, Recurso No. 3302/2009, Resolución 16698, Sentencia de Apelación, y Resolución 16699, Sentencia de Reemplazo, de 18 de mayo de 2010.

³² Tribunal Constitucional de Perú, Caso Santiago Martín Rivas, Recurso extraordinario, Expediente No. 4587-2004-AA/TC, Sentencia de 29 de noviembre de 2005, párr. 63.

³³ Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet, Considerando III.2, párr. 13.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Revisión de la Ley 742, de 5 de junio de 2002, Expediente No. LAT-223, Sentencia C-578/02, de 30 de Julio de 2002, apartado 4.3.2.1.7.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia señaló que “las normas relativas a los [d]erechos [h]umanos hacen parte del gran grupo de disposiciones de Derecho Internacional General, las cuales son reconocidas como normas de *[j]us cogens*, razón por la cual, aquellas son inderogables, imperativas [...] e indisponibles”³⁵. La Corte Suprema de Colombia recordó que la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de criterio preferente de interpretación, tanto en la justicia constitucional como en la ordinaria y citó la jurisprudencia de este Tribunal respecto a la inaceptabilidad de las disposiciones de amnistía para casos de violaciones graves a derechos humanos³⁶.”

De lo anterior podemos concluir, que la emisión de leyes de amnistía frente a graves violaciones de derechos humanos, no está permitida bajo ninguna instancia en el derecho internacional y de hacerlo se estaría incurriendo en un ilícito de carácter internacional.

El sistema interamericano que es el sistema regional que rige para Colombia, ha mantenido una posición constante y clara reiterando que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³⁷.

Podríamos decir, que ante la aplicación indebida de una ley de amnistía, se configuraría una de las excepciones para que las Cortes conozcan de casos que ya han sido juzgados en la jurisdicción interna, y adicional a esto se crea la obligación de los funcionarios que aplican la ley de hacer un control de convencionalidad de las disposiciones a aplicar en relación con el tratado, es decir, con la

³⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Caso de la Masacre de Segovia. Acta número 156, de 13 de mayo de 2010, pág. 68.

³⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Caso de la Masacre de Segovia, supra nota 248, págs. 69 y 71.

³⁷ CrIDH, Caso Barrios Altos Vs Perú. Fondo, párr. 41; Caso La Cantuta, párr. 152, y Caso De la Masacre de las Dos Erres, párr. 129.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto ha establecido la CrIDH que “es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana³⁸⁷”.

Conclusión

Una vez analizado el estado del derecho internacional de los Derechos Humanos frente a este tema, podemos inferir que la posición jurídica en relación con la amnistía es la de considerarla una herramienta de uso excepcional, toda vez que su manipulación puede llevar a casos para disfrazar la impunidad. Y que ninguna corte internacional admitiría la existencia de medidas estatales que dejen sin perseguir y castigar las violaciones graves de derechos humanos, como suelen presentarse en Colombia, en donde se perpetran matanzas colectivas de personas indefensas y desprotegidas por el Estado.

³⁸ CrIDH, Caso Gomes Lund vs. Brasil, párr 144; Caso Almonacid Arellano y otros, párr. 124; Caso Rosendo Cantú y otra, , párr. 219, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, párr. 202.

EL DERECHO DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SU IMPORTANCIA EN EL CONTEXTO JURÍDICO ACTUAL: IMPORTANTE RECORRIDO PARA SER RECORDADO*

Julieta Arenas Ceballos**

*“El verdadero progreso es el que pone la tecnología al alcance de todos”
Henry Ford*

Introducción

Cuando la Escuela de derecho de la Universidad Sergio Arboleda propuso a su Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR acompañar jurídicamente el proyecto “*Libertad 1*”¹, liderado por el Ingeniero Raúl Joya, Director del Observatorio Astronómico; pareció como tarea de gran responsabilidad por cuanto significaba continuar el camino trazado y recorrido, desde el 2005, por los doctores Rafael Duran Mantilla y Miguel Ocampo Gómez, y los estudiantes investigadores Juan Pablo Pineda, Juan Pablo Vidal y Carolina Botero.

* Este Artículo es el resultado de un avance de investigación para la realización del evento académico que se ha constituido hoy, en una importante base de partida en el desarrollo del proyecto de investigación del Derecho del Espacio Ultraterrestre y Derecho Internacional desde el año 2008.

** Magíster en Derecho por la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho de Seguros, Derecho Constitucional, Derecho de Administrativo. Investigadora del Grupo Crear de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Categoría A Colciencias, uno de los coordinadores del Seminario del Derecho del Espacio realizado el 30 de abril de 2009 en la Universidad Sergio Arboleda.

¹ Descubra todo acerca del “*libertad 1*” disponible en: www.usergioarboleda.edu.co/proyecto_espacial, recuperado mayo 2009.

Organización del Seminario de Derecho del Espacio

Así las cosas, en compañía del Director del Grupo Crear, Camilo Guzmán Gómez, se inició una línea de investigación en *Derecho del espacio ultraterrestre* con un primer proyecto denominado: *Ordenamiento Jurídico Internacional y Regulación Nacional en materia de Derecho del Espacio Ultraterrestre y de las Actividades Espaciales*.

Por ello, también, dentro de la celebración por el vigésimo quinto aniversario de fundación de la Universidad y del Año Internacional de la Astronomía², el Seminario de Derecho Espacial se organizó como un evento académico de cuidadoso diseño, de una parte, por percibirse de contenido novedoso para la comunidad académica colombiana y, de otra parte, por ser de relevancia para las entidades gubernamentales que en nuestro país adelantan proyectos para la adquisición de satélites como los de observación de la tierra³ y los

² Naciones Unidas, 2009, Año Internacional de la Astronomía, disponible en <http://www.nacionesunidas.org.co/index.shtml?apc=II--1--&x=56820&s=E>, recuperado mayo de 2009. "El Año Internacional de la Astronomía 2009 es un esfuerzo global iniciado por la Unión Astronómica Internacional y la UNESCO para ayudar a los ciudadanos del mundo a redescubrir su lugar en el Universo a través del día y la noche-tiempo cielo, y, por ende, sensibilizar el sentido de la maravilla y descubrimiento. Visión: La visión del IYA2009 es ayudar a las personas a redescubrir su lugar en el Universo a través del cielo, y así comprender el sentido personal de admiración y descubrimiento. Todos debemos comprender el impacto de la astronomía y otras ciencias fundamentales en nuestra vida diaria, y entender como el conocimiento científico puede contribuir a una sociedad más justa y pacífica. **Objetivos:** - Aumentar el conocimiento científico de la sociedad a través de la comunicación de resultados científicos de la astronomía y ciencias afines, así como del proceso de investigación y pensamiento crítico que lleva a estos resultados. -Promover el acceso amplio al conocimiento universal de la ciencia fundamental a través de la emoción que produce la astronomía y la experiencia de observar el cielo. -Fortalecer el crecimiento de las comunidades astronómicas en los países en vías de desarrollo mediante la iniciación y estimulación de colaboraciones internacionales. -Apoyar y mejorar la educación formal e informal de la ciencia en las escuelas, así como también en centros científicos, planetarios y museos de ciencia. -Proporcionar una imagen moderna de la ciencia y de los científicos para reforzar los vínculos entre la educación de la ciencia y de las carreras científicas, y así estimular el aumento a largo plazo del ingreso de estudiantes a los campos científicos y tecnológicos, fomentando el aprecio al aprendizaje de por vida. -Facilitar la creación de nuevas redes y fortalecer las ya existentes, conectando a astrónomos aficionados, educadores, científicos y profesionales de la comunicación, a través de actividades locales, regionales, nacionales e internacionales. -Mejorar el equilibrio de género entre los científicos en todos los ámbitos y promover un mayor representación de las minorías subrepresentadas en las carreras científicas y de ingeniería. - Facilitar la preservación y protección de nuestro mundo cultural, la herencia natural de los cielos oscuros y sitios astronómicos históricos, transmitiendo su importancia para el ambiente natural como patrimonio de la humanidad.

³ Comisión Colombiana del Espacio, Programa de Investigación en Desarrollo Satelital y Aplicaciones en el tema de Observación de la Tierra, disponible en <http://www.cce.gov.co/web/guest/proyectos> , recuperado mayo de 2009.

de telecomunicaciones⁴. Hechos trascendentales para el desarrollo tecnológico y jurídico de Colombia por cuanto sus consecuentes beneficios revierten a los colombianos.

En ese sentido, los investigadores del Grupo Crear –Julieta Arenas Ceballos, Camilo Guzmán Gómez–, el ingeniero Raúl Joya y el doctor Alfonso Plana Bodén, experto en esta disciplina, agotaron varias reuniones para determinar los temas del Seminario, sus ponentes y la logística propia de estos eventos; con la visión universal del Derecho del espacio ultraterrestre y su descensión a nuestra realidad nacional.

Instalación del Seminario del Derecho del Espacio Ultraterrestre

Llegó el 30 de abril (2009) y se instaló el Seminario de Derecho del Espacio por el Señor Vicepresidente de la República, doctor Francisco Santos Calderón, quien presidía en ese momento la Comisión Colombiana del Espacio. El Señor Vicepresidente hizo destacar el papel de la Universidad Sergio Arboleda en el impulso y desarrollo de los temas espaciales –concretamente en lo referente al Satélite Libertad 1 y a la astronomía–. Asimismo, hizo resaltar la función de la Comisión Colombiana del Espacio que, con sus proyectos, logros y perspectivas, ha logrado un mayor desarrollo tecnológico en nuestro país.

Presentación del Seminario del Derecho del Espacio Ultraterrestre

Acto seguido, el Señor Rector Magnífico de la Universidad Sergio Arboleda, doctor Rodrigo Noguera Calderón, presentó el Seminario con la visión humanística de que esta *Alma Mater* ha tenido desde su fundación y materializada en la impulsión de proyectos científicos, inclusive tecnológicos, como el de los satélites “*Libertad I*” y “*Libertad II*”, a más de su compromiso como miembro activo de la Comisión Colombiana del Espacio⁵, y de hacer resaltar cómo es importante la actividad espacial, no sólo para Colombia, sino para los países latinoamericanos, sobre todo en la utilización de satélites.

⁴ Ministerio de Comunicaciones República de Colombia, Satélite Colombiano SATCOL, disponible en http://www.mincomunicaciones.gov.co/mincom/src/index.jsp?page=/_mods/contenido/noticia_user_view&id=1045 recuperado mayo 2009.

⁵ Comisión Colombiana del Espacio, Acuerdo Número 10: “Ingreso y mecanismos de participación de nuevos miembros” artículo 5. 2008. disponible en http://www.cce.gov.co/c/document_library/get_file?uuid=f5f64f03-789d-46fc-bf71-138deeb6d610&groupId=10711.

Ponentes del Seminario del Derecho del Espacio Ultraterrestre

Durante el evento académico nos acompañaron de manera privilegiada un grupo de ponentes, nacionales e internacionales, quienes aportaron su visión calificada sobre el tema a tratar por cada uno de ellos. Fueron ellos:

El doctor **Ciro Arévalo Yepes**, entonces Presidente del Programa COPUOS (Comité para el uso Pacífico del Espacio Exterior) de las Naciones Unidas y asesor en asuntos espaciales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y diplomático por los últimos veinte años como embajador y ministro plenipotenciario. Tiene estudios de Leyes de la Universidad de Lausanne (Suiza) y Estudios de Postgrado en Relaciones Internacionales en la Universidad de Bogotá UJTL. Es miembro de numerosas delegaciones colombianas en distintas organizaciones incluyendo ITU, IAEA, ILO y CBTO; organizador de la IV Conferencia Espacial de las Américas (Cartagena de Indias, 2002) que dio origen a la Comisión Colombiana del Espacio; Director de Postgrado del Programa de Negocios Internacionales de la Universidad de Bogotá UJTL, Fundador y Director del Centro de Estudios Norteamericanos (CEUS) en Bogotá, miembro del Instituto Internacional de Ley Espacial (IISL) y autor de publicaciones y artículos relacionados con asuntos espaciales, el espacio y la sociedad y el espacio y la educación.⁶

A su turno, el doctor **Juan Manuel de Faramiñán**, catedrático de Derecho Internacional Público y de Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén, miembro del Board of the European Centre of the Space Law (European Space Agency), Miembro Vocal de la Junta Directiva del Centro Español de Derecho Espacial (Escuela Diplomática de Madrid) y Miembro del International Institute of Space Law (International Astronautical Federation); y es antiguo miembro de la Sub-Commission on the Ethics of Outer Space of the World Comision on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST) de la UNESCO. El doctor De Faramiñán presidió dos conversatorios con los alumnos de tercer y décimo semestre de la Escuela de Derecho de la Universidad, sobre dos interesantes temas:

⁶ Aventura Espacial Barranquilla 2009, Dr. **Ciro Arévalo Yepes** (2009) disponible en <http://www.aventuraespacial.org/tripulacion.html>

“Luces y sombras de la Globalización” y “Reflexiones sobre la Posible Creación de una Alta Autoridad del ESPACIO Ultraterrestre”, los que despertaron gran interés en los estudiantes.

Asimismo, de un lado, intervino la doctora Adriana Ocampo⁷, Directora de la “Misión Ciencia” del Programa Ejecutivo de la NASA en Washington, D. C., División de Ciencias Planetarias, y Ejecutiva del Programa de la misión “Nuevas Fronteras a Júpiter y a Plutón”; quien cuenta con más de treinta años de experiencia en la exploración espacial y expuso cómo continúa sus investigaciones sobre cráteres de impacto y extinciones masivas, y cómo tiene a su cargo la próxima misión de NASA a Júpiter llamada JUNO y la misión a Plutón llamada (New Horizons) Nuevos Horizontes; y de otro lado, el doctor Alfonso Plana Bodén, abogado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, con L. L. M. en Derecho Aeronáutico y Espacial Internacional de la Universidad de Leiden (Países Bajos), abogado asociado de la Firma Parra, Rodríguez & Cavelier.

A quienes se unieron el doctor Jairo Andrés Becerra O., abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, investigador y asesor, con postgrado en Ciencia Política y de la Administración por la Universidad de Barcelona, diplomado en “Estudios Internacionales” (Universidad de Barcelona) y doctor en Derecho Internacional (“Derecho Espacial y de las Telecomunicaciones”) por la Universidad de Jaén (Barcelona, España) y, en calidad de ponentes por la Universidad Sergio Arboleda, el Ingeniero Raúl Joya Olarte, Director del Observatorio Astronómico; y Camilo Guzmán Gómez, Director del Departamento de Derecho Público y del Grupo de investigación Crear, a cuyo cargo fueron presentadas las recomendaciones y conclusiones del evento.

Importancia del Derecho del Espacio Ultraterrestre

Ahora bien, los colombianos de esta generación son conscientes de la importancia que tiene el Derecho de el Espacio Ultraterrestre y de cómo es urgente su implementación legal paralela a la actividad técnico científica a fin de lograr su eficaz desarrollo, hacer posibles sus aplicativos, garantizar una mayor transparencia en los procesos

⁷ Aventura Espacial Barranquilla 2009, Dra. Adriana Ocampo Uria (2009) disponible en <http://www.aventuraespacial.org/tripulacion.html>

jurídicos que la acompañan y traducirse en bienestar de la comunidad colombiana.

Socializar este tema entre la comunidad académica colombiana y las Instituciones estatales implicadas permite instrumentar políticas acordes a los intereses de los actores nacionales e internacionales que apoyan y asegura el éxito de los procesos espaciales, como los que actualmente desarrolla nuestro país a través de su Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Comisión Colombiana del Espacio.

Es más, si se considera el vertiginoso desarrollo de la actividad espacial en los últimos cincuenta años y los importantes campos aplicativos que tiene, el tema del Derecho del Espacio Ultraterrestre constituye una materia jurídica de especial interés y de necesaria expansión en la comunidad académica, como bien lo ha planteado la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos.

Lo anterior no sólo por la necesidad de que los países adhieran a los tratados vigentes en la materia y de que adopten los principios rectores de las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre –aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸–sino, además, de que fomenten su capacidad en materia del Derecho espacial⁹ e intercambien información gene-

⁸ Naciones Unidas, Informe de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, (2008) disponible en http://www.oosa.unvienna.org/pdf/gadocs/A_63_20S.pdf; recuperado mayo 2009: “2. Información sobre las actividades de las organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales relacionadas con el derecho espacial . 182. La Comisión observó que, de conformidad con la resolución 62/217 de la Asamblea General, la Subcomisión de Asuntos Jurídicos había examinado un tema relativo a la información sobre las actividades de las organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales relacionadas con el derecho espacial como tema ordinario de su programa. La Comisión tomó nota del debate de la Subcomisión sobre ese tema, que se refleja en el informe de la Subcomisión (A/AC.105.97.párrs.46 a 56). 183. La Comisión observó que las actividades de las organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales, relativas al derecho espacial eran importantes y habían contribuido considerablemente al desarrollo del derecho espacial, y que las organizaciones intergubernamentales tenían una importante función que cumplir en el fortalecimiento del marco jurídico aplicable a las actividades espaciales y que, por consiguiente, deberían considerar la posibilidad de adoptar medidas para alentar a sus miembros a adherirse a los tratados relativos al espacio ultraterrestre. Varios de los tratados contenían mecanismos que permitían a las organizaciones intergubernamentales que realizaban actividades espaciales declarar su aceptación de los derechos y obligaciones previstos en estos tratados.”

⁹ Naciones Unidas, Informe de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (2008) disponible en http://www.oosa.unvienna.org/pdf/gadocs/A_63_20S.pdf recuperado mayo de 2009: “6. Fomento de la capacidad en materia de derecho espacial.

ral sobre las respectivas legislaciones pertinentes a la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos¹⁰. Sin perjuicio de proponer una nueva y exhaustiva convención del Derecho espacial que siga fortaleciendo el régimen jurídico internacional que regula las actividades del espacio ultraterrestre¹¹.

Asimismo, la Oficina de Asuntos del Espacio Ultraterrestre, por medio de un didáctico documento¹², nos presentó la importante visión sobre lo que significan las actividades espaciales como solución a los problemas del Mundo a través de los avances tecnológicos para alcanzar los objetivos de desarrollo óptimo, además de ser factor preponderante de seguridad, desarrollo y de bienestar para la humanidad.

200. La Comisión observó que, de conformidad con la resolución 62/217 de la Asamblea General, Subcomisión de Asuntos Jurídicos había examinado, como nueva cuestión concreta/tema de debate, el fomento de la capacidad en materia de derecho espacial. La Comisión tomó nota del debate de la Subcomisión en relación con este tema, recogido en el informe de la Subcomisión (A/AC.105.917, párrs 110 a 130). 201. La Comisión acogió con beneplácito el acuerdo alcanzado por la subcomisión de incluir en el tema relativo al fomento de la capacidad en materia de derecho espacial en el programa 48º período de sesiones de la Subcomisión (A/AC.105/917).202. La Comisión convino en que la investigación, capacitación y educación en materia de derecho espacial eran de vital importancia para la labor nacional, regional e internacional dirigida a promover el desarrollo de las actividades espaciales y aumentar el conocimiento del marco jurídico con arreglo al cual éstas se llevan a cabo.”

¹⁰ Naciones Unidas, Informe de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (2008) disponible en http://www.oosa.unvienna.org/pdf/gadocs/A_63_20S.pdf recuperado mayo 2009: “7. Intercambio general de información sobre la legislación nacional pertinente a la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos. 214. La Comisión observó que el debate de ese tema del programa en la Subcomisión le permitiría tener una visión amplia de la forma en que los Estados regulaban sus actividades espaciales nacionales, y permitiría a la Subcomisión examinar las principales novedades en el plano nacional, a fin de determinar principios, normas y procedimientos comunes. La Comisión señaló también que esa información podría ser de utilidad para cualquier Estado que llevara a cabo actividades espaciales en su empeño de establecer un marco jurídico...218. La Comisión convino en el tema del programa de la Subcomisión relativo al intercambio general de información sobre legislación nacional pertinente a la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos y el tema del programa relativo al fomento de la capacidad en materia de derecho espacial estaban estrechamente relacionados, ya que la labor de fomento de la capacidad era importante para promover la comprensión de los requisitos nacionales de las actividades espaciales.”

¹¹ Naciones Unidas, Informe de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (2008) pp. 29, disponible en http://www.oosa.unvienna.org/pdf/gadocs/A_63_20S.pdf recuperado mayo 2009: “1. Situación y aplicación de los cinco tratados de las Naciones Unidas relativos al espacio ultraterrestre...176.

¹² Naciones Unidas, Oficina de Asuntos del Espacio Ultraterrestre, (2006) Soluciones Espaciales a los Problemas del Mundo. disponible en <http://www.uncosa.unvienna.org/pdf/reports/IAM2006S.pdf>

En ese contexto, entonces, se encuentran la utilización de satélites de comunicaciones, de teleobservación y de navegación, así como las tecnologías espaciales al servicio de la protección del medio ambiente y de gestión de sus recursos (en particular sobre el *cambio climático*); de la contaminación marítima, de las especies en peligro de extinción, del agua, de la meteorología –herramienta para la agricultura, el correcto uso de la tierra y la prevención de desastres– de la salud, de la seguridad alimentaria, de la extensión de redes de enseñanza y capacitación, además de la protección al medio ambiente espacial y a la astronomía.

Por ello, en Naciones Unidas se realizan los debates en que son expuestos los intereses de los países, las organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales sobre la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos¹³.

Ciertamente, la Comisión se ha esforzado por que el espacio ultraterrestre se utilice con fines pacíficos y todas las naciones compartan los beneficios de las actividades espaciales. Interés vigente desde cuando en 1957 la Unión Soviética lanzó el Sputnik, primer satélite artificial, y que ha ido evolucionando a la par de los avances logrados con la tecnología espacial.

En efecto, la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre es una de las más grandes en Naciones Unidas. Cuenta, en la actualidad, con sesentainueve miembros, dos Subcomités –uno, de Asuntos Científicos y Técnicos, y, otro, de Asuntos Jurídicos Además de Estados– y un número de organizaciones internacionales, tanto organizaciones intergubernamentales como no gubernamentales, con estado de observador en el COPUOS.

De lo anterior se colegie que la dinámica del Derecho del espacio ultraterrestre es especialmente sensible al momento actual por requerirse un esfuerzo mancomunado entre los actores de las actividades espaciales. De ahí que varios doctrinantes consideren de especial importancia la enseñanza de esta materia, tal como lo han expuesto las conclusiones de las XXXI Jornadas Latinoamericanas del De-

¹³ Naciones Unidas, Oficina de Asuntos del Espacio Ultraterrestre, (2006) Soluciones Espaciales a los Problemas del Mundo. disponible en <http://www.uncosa.unvienna.org/pdf/reports/IAM2006S.pdf>

recho Aeronáutico y Espacial (Sevilla, España, 20 a 23 de marzo de 2007, “La Enseñanza del Derecho Aeronáutico y del Derecho Espacial”, ponentes: doctores Enrique Mapelli López (España), Mario O. Folchi (Argentina), Michele Comenale Pinto (Italia), Roxana Corbran (Uruguay) y Fernando Martínez Sanz (España)):

“1. La formación profesional completa del abogado exige que el Derecho Aeronáutico y el Derecho Espacial integren un plan de estudios de las respectivas carreras universitarias de manera obligatoria; 2. El Derecho Aeronáutico y el Derecho Espacial se debe enseñar en forma separada de otras asignaturas en los planes de estudios de las carreras universitarias de abogados o licenciados en Derecho; 3. Es conveniente y necesario que se establezcan cursos de postgrado universitario y de especialización de Derecho Aeronáutico y del Derecho Espacial¹⁴”.

No obstante señalar cómo en Europa se incluye, dentro del estudio del Derecho espacial, un especial interés “en la necesidad de regular las telecomunicaciones espaciales, los problemas jurídicos derivados de las actividades de teledetección, la reglamentación de la televisión directa por satélite, los contratos de lanzamiento de satélites, los seguros espaciales [y] la política espacial europea”¹⁵.

Actividades Espaciales en Colombia y la Comisión Colombiana del Espacio

Como se recordará, la Comisión Colombiana del Espacio fue creada mediante el Decreto Presidencial 2442 de Julio de 2006¹⁶ para dar respuesta a las múltiples solicitudes encaminadas a establecer un mecanismo institucional para orientar la ejecución de una política

¹⁴ Folchi Mario, Guerrero María Jesús, Madrid Agustín, (Coordinadores) Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial., XXXI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial. (2007) Editorial Universidad Pablo de Olavide, Asociación Latinoamérica de Derecho Aeronáutico y Espacial, Junta de Andalucía y Fondo Social Europeo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid.

¹⁵ Gómez Rojo María Encarnación. (2004) Introducción al Derecho Aéreo y Espacial. Su enseñanza en Francia ante la implementación del Sistema Europeo de Educación Superior. Revista europea de derecho de la navegación marítima y aeronáutica, ISSN 1130-2127, No. 20 de 2004 , pags. 3025-3040 Disponible http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/gomezrojo2004a.pdf

¹⁶ Revista Análisis Geográfico, Revista del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Edición Especial, Comisión Colombiana del Espacio I, Marco Regulatorio y Proyección de Tecnologías en Colombia, Número 35. año 2007. Bogotá, Colombia. Disponible en : http://www.cce.gov.co/c/document_library/get_file?uuid=a86fcf39-af92-4b85-8e52-4fc06ed6cf8b&groupId=10711

nacional de desarrollo y utilización de tecnologías espaciales y a la necesidad de coordinar los planes, programas, proyectos y su financiación¹⁷.

En la actualidad la Secretaría Ejecutiva de la Comisión es desempeñada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), a cuya cabeza se encuentra el Doctor Iván Darío Gómez Guzmán, su Director General. Asimismo, cuenta con Comité Técnico que, para el cumplimiento de sus objetivos y tareas, puede constituir grupos de trabajo por áreas temáticas como son: de Telecomunicaciones, de Navegación Satelital, de Observación de la Tierra, de Astronáutica, de Astronomía y Medicina Aeroespacial, de Gestión del Conocimiento y la Investigación, de Asuntos Políticos y Legales y de Infraestructura Colombiana de Datos Espaciales (ICDE). Éste último, junto con los grupos de Satélites Colombianos de Comunicaciones, de Observación de la tierra, de la Investigación, de Formación y Cooperación, hace parte de los proyectos estructurales de la Comisión.

Dicha Comisión, presidida por el Vicepresidente de la República, cuenta con un portal¹⁸ denominado “Puerta de Acceso a la Era Espacial” que, introduciendo su portafolio, señala como su objetivo, a través de procesos de coordinación, concertación y participación institucional y social, el fortalecimiento del conocimiento sobre la Tierra y el espacio ultraterrestre mediante la utilización de tecnologías modernas y el uso de la información proveniente de sensores remotos de comunicación, de observación y de navegación satelital con la perspectiva de aumentar la productividad, la eficiencia y la competitividad de los diferentes sectores de la economía que demanda información geoespacial.

Asimismo, valga agregar, la Comisión Colombiana del Espacio lidera estos cinco proyectos: el Programa de Investigación en Desarrollo Satelital y Aplicaciones en el Tema de la Observación de la Tierra; el Proyecto Satelital de Telecomunicaciones; el Directorio Nacional de Datos Geográficos; el Banco Nacional de Imágenes (BNI) y el Sistema de Información Geográfica para el Ordenamiento Territorial (SIGOTN).

¹⁷ Comisión Colombiana del Espacio, Estructura Funcional de la Comisión Colombiana del Espacio, pp 3, 2008.

¹⁸ Comisión Colombiana del Espacio Sitio Web : <http://www.cce.gov.co/web/guest/inicio>

Conclusión

Así, pues, se evidencia cómo, no obstante la ratificación y puesta en vigencia de los Tratados, Acuerdos y Convenciones que forman la regulación del espacio ultraterrestre en el marco de las Naciones Unidas (p. ej., el Tratado sobre los Principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes, el Acuerdo sobre el salvamento y devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre; y el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes)¹⁹ es, sin duda, de considerable importancia construir un marco jurídico nacional para el desarrollo eficaz de la actividad espacial en Colombia que goce de carácter exhaustivo y particular.

¹⁹ Naciones Unidas, (2002) Tratados y Principios de las Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre. Disponible en <http://www.oosa.unvienna.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>

MUTATIO SUBSTITUTIOQUE VERSUS REFORMATIO AB STATUS CONSTITUTIONE

ANÁLISIS A LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN*

Luis Felipe Téllez Rodríguez**

“Tous les vices à la mode passent pour vertus”¹

J. Molière

RESUMEN

El presente trabajo, resultado de la indagación académica adelantada dentro de la línea de investigación *Análisis crítico de las Instituciones*, pretende aclarar aspectos diversos en torno al concepto de la *mutación* o *sustitución de la Constitución*. En ese entendido, en primer lugar, a través de las páginas que siguen, se realizará una introducción contextualizadora de los conceptos a tratar. Luego, en segundo lugar, se efectuará un análisis gramatical de los vocablos *reforma*, *mutación* y *sustitución* a fin de distinguir los matices que diferencian estas separadas instituciones jurídicas. Asimismo, en tercer lugar, se realizará un somero recorrido sobre los planteamientos que la *mutación* ha suscitado a través de la Historia y de los diversos autores, para después, en cuarto lugar, referir brevemente cómo la Corte Constitucional

*La mutación y la sustitución frente a la reforma de la Constitución del Estado”. Este artículo es el resultado de la indagación académica adelantada dentro de la línea de investigación Análisis crítico de las Instituciones del Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Fue dictado como ponencia, primero, en el IV Encuentro de Semilleros de Investigación Red de Centros y Grupos de Investigación Jurídica y Sociojurídica – Nodo Centro, llevado a cabo en la Universidad Santo Tomás de Aquino – Sede Tunja, los días 12 y 13 de mayo de 2011 (Tunja, Boyacá, Colombia); y, segundo, fue aprobado para la ronda nacional, en el XI Encuentro Nacional de Semilleros de Investigación Red de Centros y Grupos de Investigación Jurídica y Sociojurídica llevado a cabo en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, los días 9, 10 y 11 de octubre de 2011 (Bucaramanga, Santander, Colombia).

** Alumno de Octavo Semestre de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Semillero de Investigación del Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR de la misma Universidad, miembro del Programa de Honores Rodrigo Noguera Laborde. Correo electrónico: lufetel@gmail.com; teléfono: (57) (1) 2 11 2366. Bogotá, Colombia.

¹ “Todos los vicios, con tal que estén a la moda, pasan por virtudes” (MOLIÈRE, 1748, p. 358) [*La traducción del Francés al Castellano es nuestra*].

de la República de Colombia ha adoptado la teoría de la *mutación constitucional* y, asimismo, en quinto lugar, proyectar la figura al interior del Ordenamiento jurídico colombiano de manera que, finalmente, de consuno con el apartado inmediatamente anterior, la conclusión ponga de presente al receptor de este documento las vicisitudes que representa en nuestro Sistema la adaptación de la teoría de la *mutación constitucional* y sus principales características.

Palabras clave

Constitución política, reforma constitucional, mutación, sustitución, límites a la reforma.

SUMMARY

The present work, result from the academic investigation overtaken inside the research line *Institutions critical analysis*, pretends to clarify diverse aspects around the concept of *mutation* or *replacement of the Constitution*. In that sense, firstly, throughout the following pages, it will be executed a contextualizing introduction about the concepts to be treated. Then, secondly, it will be carried out a grammatical analysis of the words *reform*, *mutation* and *replacement* in order to distinguish the nuances that difference these separate juridical institutions. Thirdly, as well, it will be performed a briefly review about the statements that *mutation* has produced across History and diverse authors, for then, fourthly, concisely refer how the Constitutional Court of the Republic of Colombia has adopted *constitutional mutation* theory and, also, fifthly, show out this figure at Colombian Juridical Legal System context so, finally, the conclusion may present to this article receptor the vicissitudes that implies, in our Legal System, the *constitutional mutation* theory adaptation and its principal characteristics.

Key words

Politic Constitution, constitutional reform, mutation, replacement, reforming limits.

SUMARIO

Metodología – 1. Introducción – 2. Distinción conceptual entre los vocablos – 3. Origen de la teoría sub examine – 4. Debate entre ‘reformar’ y ‘sustituir’: Adaptación de la teoría según la jurisprudencia colombiana – 5. Proyección de la figura – 6. Conclusión – Bibliografía – Referencias jurisprudenciales.

Metodología

A través del presente documento se hace empleo de los métodos, en su orden, histórico y analítico para, en primer lugar, referir los antecedentes de las figuras jurídicas examinadas a lo largo de la Historia de la humanidad y dentro de la tradición conceptual que algunos escritores y estudiosos del Derecho han realizado para el efecto a fin de, en segundo lugar, analizar las características, fortalezas, contrariedades

y vicisitudes que en general presentan dichas figuras. Asimismo, se deja entrever el método sociológico a través de la correspondencia de los fenómenos políticos a las causas sociales aquí referidas.

1. Introducción

Desde finales del Siglo XIX la tendencia reactiva al *Antiguo Régimen* –caracterizado por la reunión de toda facultad en la singularidad de un individuo: el monarca (conocido como *emperador o rey*)–, heredada del periodo revolucionario inaugurado por el Siglo XVIII, configuró a los Estados modernos sobre la base de las Constituciones políticas entendidas no sólo como una técnica para el poder sino también como el receptáculo, generalmente escrito, de las “reglas fundamentales relativas a la organización y la actividad del Estado, promulgadas según un procedimiento particular y por una autoridad especial” (NARANJO, 2006, p. 338).

El reconocimiento de un *Poder constituyente* que forma al Estado halla su referente, pues, en el Artículo XVI de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, promulgada el 26 de Agosto de 1789 por la Asamblea Nacional Constituyente francesa –emergida de los Estados Generales y de la Asamblea Nacional, reunidas por aquel año–, en el cual se estatuyó que “*una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución*”, de lo cual bien puede colegirse que la Constitución es una necesidad para el conglomerado de individuos que gobierna porque la confección de este texto como base implica reconocer la cohesión de valores sociales, éticos, religiosos y culturales que consolidan a un distinguible grupo de seres humanos como una organización política con vocación de futuro común, de progreso colectivo y con la convicción de lograr el surgimiento de una *Nación*. La *Constitución* de un Estado, valga la redundancia, señala, pues, cómo está *constituido*.

« **Artículo XVI.** *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* »

En efecto, la *Constitución* puede resumirse, *a vuelo de pájaro*, en la plasmación de la forma del Estado; y, emanada de ese poder único y extraordinario, contiene los *entes constituidos* que ella misma determina.

Sin embargo, es de esperar, el texto constitucional puede *quedarse corto* para prever la totalidad de las vicisitudes que avendrán porque los que conforman el *cuerpo constituyente extraordinario*, en el decir de la comisión redactora del Código Civil francés de 1804, habrán de estar “***preservados de la peligrosa ambición de querer regularlo todo y preverlo todo***... porque las [normas], una vez redactadas, continúan estándolo en los términos en que lo fueron. Pero los hombres, por el contrario, jamás descansan, obran siempre, y ese movimiento, que no tiene fin y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, ***produce a cada instante alguna nueva combinación***” (NOGUERA, 2007, p. 234; *subrayas fuera de texto*).

Y así, a lo largo del devenir del *imperio constitucional*, se evidencia, ineluctablemente, cómo la *Carta política* se acopla a sus gobernados y no a la inversa, porque una *Constitución*, otorgada o no, puede en cualquier momento sucumbir ante los “*factores reales del poder*” —de los cuales ha de ser reflejo— (LASALLE, 2007, p. 7) si se destaca por la nominalidad de sus presupuestos y por su escasa adecuación a las situaciones actuales y reales de la sociedad que, aparentemente, ella somete.

En consecuencia, el esfuerzo de los redactores de la Constitución de un Estado debe dirigirse no sólo a *retratar* lo que ven sino, también, a dar respuestas a las instituciones jurídicas que es menester establecer. Pero dado que la falibilidad de las *redacciones supremas* es *hija* de la falibilidad de sus autores, ellos mismos, sin otra salida, establecen métodos para su reforma porque lo que hoy es válido y eficaz tal vez no lo sea, eventualmente, mañana. De ahí que el Derecho y las instituciones jurídicas en general se adapten a la sociedad que cambia sin descanso para que la inevitable *reforma* acaezca en el deseo por “ajustar la Constitución *escrita* a la Constitución *real*, a la realidad, a los factores reales de poder ... [so pena de que] la Constitución escrita [esté] perdida ... [y] quizá pueda ser reformada sustancialmente” (LASALLE, 2007, p. 37); tal cual lo estatuye el Título XIII de nuestra Constitución bajo la denominación “*De la reforma de la Constitución*”.

2. Distinciones conceptuales entre los vocablos

En este sentido, desde hace algunos años, circunscrito en la pluralidad de actos legislativos reformativos de la Constitución, ha cobrado

importancia el debate sobre los límites a la reforma del *articulado supremo* y cómo puede este proceso afectarse no sólo por vicios de forma sino, sobre todo, por el más temido vicio de la *mutación o sustitución de la Constitución*. Y, dado que de manera sinónima se han empleado estos dos términos para señalar el aludido fenómeno, cobra fundamental importancia, en efecto, incluir una que otra precisión terminológica a fin de iluminar esta discusión.

Para general sorpresa, un tema tan polémico y siempre tan vigente –así no se lo haya identificado y definido como ahora– no se encuentra ni someramente agotado en los diccionarios jurídicos. Como es de esperarse, para poder anticipar una discusión madura sobre cualquier tema, los *catálogos de palabras* deben dar las primeras luces sobre los aspectos examinados por haberse erigido desde tiempo preteritísimo como compiladores de las ideas que implican las palabras. Empero, textos de esta clase, como el *Diccionario enciclopédico de derecho usual* de Guillermo Cabanellas (XXI Edición. Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires, 1989) se limitan a temas civiles como “*la reforma del testamento*” o “*la sustitución del heredero*”, y la *Enciclopedia jurídica Omeba* –reputada universalmente y apreciada por el autor de este trabajo como una de las mejores en su clase– que sólo contiene, para este particular, el acápite “*Reforma de la Constitución*” (1979, pp. 196 y ss.) al que posteriormente se hará alusión.

La palabra “*reforma*”, inflexión de la composición latina entre prefijo “*re*” –que significa “*volver a*”– y el verbo “*formo, formāre, formavi, formatum*”, significa, como bien lo explica el Diccionario de la RAE, “*Volver a formar*” o “*Modificar algo, por lo general con la intención de mejorarlo*”, lo que satisfaría mejor el alcance constitucional del término al definir la *reforma de la Constitución* como “*modificar el articulado constitucional con la intención de mejorarlo*”, porque mal se haría en pensar que la adaptación de un *postulado superior* sea para ***deformar*** las instituciones jurídicas que el *Legislador extraordinario* (la Asamblea constituyente) estableció.

Ahora bien, sobre la palabra *mutación* habrá que aclarar cómo el Diccionario de la RAE la define como la “*acción y efecto de mudar o mudarse*” y como la “***alteración producida en la estructura*** o en el número de los genes o de los cromosomas de un organismo

transmisible por herencia” (*Subrayas fuera de texto*), por lo que cabría preguntarse sobre si la *mutación de la Constitución* implica solamente *moverse de algún lugar*, simplemente *cambiar* o, sobre todo, “*adoptar otra naturaleza*”, como señala la primera acepción de la palabra. Sin embargo, el vernáculo término de *sustitución*, “acción y efecto de sustituir” o “nombramiento de heredero o legatario que se hace en reemplazo de otro...”, parece, por su vaguedad, destacable por referir, en su “sentido natural y obvio” (C. C., L. 57/87, Art. 28), meramente “poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”. Sí, la *sustitución de la Constitución*, en efecto, podría significar, en primera medida, *un reemplazo* de un texto por otro pero, en consecuencia, habrá que ubicársela más allá porque, para configurar un *vicio jurídico* de categoría constitucional, habrá de detectar una entidad superior que implique, como sí lo hace el vocable “*mutación*”, la subversión de la norma superior en aspectos más profundos que su redacción, como son sus principios y valores.

En suma, si bien el tratamiento entre *mutación* y *sustitución* es sinónimo, se preferirá a lo largo del presente documento al primero sobre el segundo, sin perjuicio de establecer que esta particularidad se deba más al esfuerzo por generar una aparente innovación cuando es sólo una diversa denominación tras la que se descubre, si no la verdadera sinonimia, sí la analogía de los términos. Por ello, entonces, de la *sustitución –nueva redacción–* nace la *mutación –cambio en la institución jurídica–*, de manera que son connaturales la una a la otra, efecto la segunda de la primera y, prácticamente, simultáneas sin perjuicio de que, como se entrevé, sólo pueda existir como vicio constitucional la *mutación*.

3. Origen de la teoría sub examine

Si se mira con detenimiento la historia del Constitucionalismo a lo largo del camino de la Humanidad el primer hito reconocible de lo que bien podría denominarse como *mutación de la Constitución* es la *Revolución Francesa* de 1789.

Este movimiento, único en su clase, “*revolución liberal por excelencia*” (GINER, 1975, p. 323) y sacudón a las instituciones monárquicas de la gloriosa Francia, heredera del Renacimiento italiano y cuna de la Ilustración y del Enciclopedismo; mirado desde la perspectiva de

autores *contrarrevolucionarios* como Edmundo Burke –quien así la describió: “*aquella maldita carroña, aquella madre de todo mal, la Revolución Francesa*” (CHEVALLIER, 1974, p. 214)–, enseña, a través de la “espectacular destrucción del Estado borbónico” (GINER, 1975, p. 323), cómo el *fanatismo de la razón* desplaza al *fanatismo de la Fe*, cómo el vocablo *progreso* abolió las *tradiciones* afianzadas en la Monarquía y la Religión, cómo la *sacralización* del Clero sucumbió ante la exterminación de los sacerdotes bajo la consigna «*Ahorcar el último rey con las tripas del último cura*» (HENRION, 1854, p. 327; MARTÍNEZ, 1823, p. 940) y cómo *El espíritu del Siglo*, esencia de la Revolución, incubó a los más feroces, inhumanos y vengativos seres quienes, sin atender al desueto concepto de *lesa majestad*, cometieron el más atroz crimen que pudiera concebirse: el regicidio.

En pocas palabras: la insurrección de los franceses no sólo había hecho *tabula rasa* del Reino Francés sino que, más bien, lo había *sustituido* por la República Francesa porque “cada revolución triunfante crea un Derecho nuevo” (JELLINEK, 1991, p. 9). Sí, la mutación de su constitución se centró en la intempestiva y violenta transición de la monarquía a la república. Lo mismo que pasaría en las anonarias colonias del Imperio Británico en América del Norte, en las del Imperio Español desde la Florida hasta la Patagonia y la bizarra desfiguración del Imperio del Brasil que, de Colonia mutó en Imperio y de éste en República.

Mas, sin perjuicio de lo anterior, ha parecido interesante hacer resaltar la concepción colegible de *mutación* a partir de textos anteriores a la fecha de la aludida *Horrorosa Revolución*, como es, por ejemplo, el de las Constituciones de la Orden de San Gerónimo (fundada en 1373 bajo el auspicio de Gregorio XI), en las que se encuentra la palabra *mutación* para referirse a los cambios que, por voluntad de la autoridad competente (*el Padre General y el Capítulo Privado*) y *por alguna razón legítima*, son hechos a los postulados que una Constitución contiene que por detectar estos carácter de “*firμες e inviolables determinaciones*” –según las palabras de Clemente XII (SAINT ONOPHRE, 1831, p. 2)– implican el remplazo directo de lo que inicialmente se determinó.

“*Sea celebrado para siempre Capítulo General de nuestra Orden de tres años en tres años en el Monasterio de San Bartolomé... Pueda*

*empero ser celebrado el sobredicho Capítulo General en otro lugar, por alguna razón legítima... El Padre General y los Padres Diputados del Capítulo Privado... pueden hacer la dicha **mutación** para otro monasterio de nuestra Orden... Mas no se haga dicha **mutación** sin el consentimiento de los quatro de dicho Capítulo Privado. Y cuando se hiciere esta mutación... sea notificada con tiempo a los Piores... Y esta Constitución está aprobada con autoridad Apostólica...” (SAINT ONOPHRE, 1831, pp. 15 y 16).*

Empero, autores como Hauriou pasan por alto el tema de la *mutación constitucional* sobre la base de que la revisión² de las leyes constitucionales, si bien “no plantea los mismos problemas que su establecimiento”, “es un problema de técnica mucho más que de principios” (1980, 365). Aspecto en el que el profesor Hauriou, reconocido administrativista y constitucionalista francés, yerra al desconocer que la reforma de una Constitución no puede sólo versar sobre aspectos formales sino también sobre los principios que subyacen en el articulado superior, los que, en verdad, moldean al Estado y le imprimen el alma para que, casi como una nota inmanente, sea de esa manera y no de otra: que la monarquía lo sea, la república, por su lado también, y la teocracia, en lo propio a su vez, p. ej., se desarrolle.

Otros, más prudentes y conscientes de la dinámica realidad de cada sociedad, han optado por establecer que, “si la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes, su contenido habrá de permanecer necesariamente abierto al tiempo” (HESSE, 1983, pp. 20 y ss.) porque “*la reforma constitucional [es] un instrumento de defensa o garantía de la Constitución... a fin de conseguir esa pretendida y necesaria adecuación entre la Norma Fundamental y la nueva realidad social, sin que ello vaya a suponer, sin embargo, una ruptura con el régimen constitucional*”, porque de ser “la Constitución inmutable se convertiría en hoja de papel mojado, carente de toda efectividad” (NAVAS, 2005, p. 242; *subrayas fuera de texto*).

² Si se lee con atención el Capítulo VI de la obra citada “*La culminación jurídica de las diversas etapas del movimiento constitucional clásico: el establecimiento de Constituciones escritas*”, podrá hallarse cómo Hauriou alude al vocablo revisión en el sentido que nosotros hallaríamos en la palabra *reforma* al atribuir esta competencia “[al] Parlamento, pero con una formación y procedimiento especiales; ... [a la] asamblea especialmente elegida para el efecto, [o] a la intervención del pueblo por vía de referéndum” (1980, p. 367).

Así, pues, otros autores, como el profesor WERNER KÄGI, han determinado que dentro de la circunscripción que implican (i) el “divorcio” entre la *Constitución política*, que alude a la Carta que Lassalle identifica como correspondiente a los factores reales de poder –según ya se vio–, y la *Constitución escrita* que, por oposición a la noción de *vida* y de *realidad*, se erige como una redacción abstracta en la que se impone “el principio de liderazgo al principio democrático”, algo así como si el *Poder constituyente* (“*Pouvoir constituant*”), establecedor del *Poder constituido* (“*Pouvoir constitué*”), sucumbiera ante la “decisión” soberana del líder, del caudillo” (2005, p. 165); (ii) el quebrantamiento legítimo de la Constitución en los *Estados de Excepción* (“Derecho de emergencia”) y (iii) la efectiva comprensión de la mutación como una alteración no sólo en las normas constitucionales sino, también, de sus valores, el fenómeno de la *mutación de la Constitución* –para algunos sociológico– se erige como una herramienta para perfeccionar “el Derecho no perfeccionado” de manera que ésta (la *mutación*) “sirva al desarrollo de la Constitución normativa” (KÄGI, 2005, p.166) que, como se ha demostrado, se debate, a través de los años, en una dialéctica entre la vigencia y el desuso.

En efecto, “la mutación constitucional lleva, casi forzosamente, a un desmontaje de la fuerza normativa de la Constitución” pero, por ello, sólo puede predicarse la *mutación* de aquellas Cartas políticas “con enfática acentuación de modificabilidad y elasticidad” (KÄGI, 2005, p.166) donde, en resumen, la mutabilidad es consecuencia de la modificabilidad. Y, en este sentido, si se adopta la definición de GARCÍA CUADRADO para *mutación constitucional* en el entendido de que “se produce cada vez que uno de los poderes constituidos da a un precepto constitucional una interpretación diferente a la que inicialmente tuvo y no existen vías jurídicas para corregir esa nueva interpretación” (2002, p. 75), los ejercitantes de los Poderes constituidos han descubierto la *cuasifacultad*³ para mutar la Constitución en virtud de las funciones que ella misma les ha asignado, de los variados mecanismos para su reforma y de su silencio para establecer cláusulas pétreas o inmodificables.

³ Entiéndase la construcción “*cuasifacultad*” en el entendido de que no hay Constitución que establezca la expresa potestad “de mutar la Constitución” atribuida a algún órgano Estatal, Poder público o Función pública.

Sin embargo, se ha distinguido otra forma de *mutación constitucional* que “consiste en una variación del significado de sus normas pero sin que varíe su redacción” (SANTAOLALLA, 2004, p. 608), como por vía jurisprudencial –la que se estudiará más adelante– o por vía de tratados internacionales. Por tanto, pues, surge el interrogante sobre si ¿es la integración regional una forma de mutación? En efecto, en estos eventos “asistimos a un fenómeno de *mutación constitucional (Verfassungswandlung)*” (CRUZ, 2006, p. 40)⁴ por “la puesta en vigencia de normas comunitarias que van en contravía de principios y normas establecidos en las Constituciones y leyes de los países... [donde la] cesión o transferencia de soberanía, aunque sea autorizada por una disposición constitucional, ha tenido en la práctica consecuencias que trascienden sus objetivos iniciales [con la inevitable consecuencia] de que principios considerados hasta ahora inmutables pasen a ser relativizados o abolidos” (NOUEL, 2006, p.132). Tanto la jurisprudencia como la suscripción de instrumentos internacionales han mantenido incólume la confección gramatical de la Constitución pero, indubitadamente, han determinado su alcance, el que puede ser adecuado al espíritu del *Legislador extraordinario* (principio constitucional), extrapolador del mismo o, incluso, reductor; donde para los dos últimos casos nos enfrentaremos a una efectiva *mutación constitucional*.

De ahí que habrán de determinarse sendos límites que eviten interpretaciones *fuera de cauce* so pena de admitir, como aparente solución a la *mutación*, la tolerada ocurrencia de “mutaciones” por vía de la jurisprudencia, de las leyes y de la legislación extraordinaria de emergencia (en cabeza del Poder ejecutivo) que, sin cambiar en aspecto alguno el texto constitucional subvierten su sentido, lo que, en consideración de autores como VERA SANTO, redundaría en “[la garantía de] cierta seguridad jurídica sobre su existencia y contenido concreto, y [en que] se respeten, en cierto modo, los principios de supremacía y rigidez constitucional” (2007, p. 39) – aspecto, *a nuestro juicio*, insostenible, por cuanto si el *fenómeno*

⁴ En este acápite, el autor se refiere particularmente a la europeización de los Estados, es decir, a la integración de los países del *Viejo Continente a la Unión Europea*, donde los estatutos y disposiciones del organismo internacional hacen detectar una *mutación constitucional* en cada uno de sus miembros. Algo que bien podría resumirse –a nuestro juicio– en la cesión de la Constitución nacional ante el Tratado internacional.

mutatorio comporta una subversión de la teleología de la Carta no puede admitirse como sinónimo de seguridad jurídica la tolerancia de ilimitadas sustituciones; muy por el contrario, su resultado sería el caos y la incertidumbre por no emplear, en mejor forma, la inseguridad jurídica—.

Asimismo, a lo largo de esta línea conductora, es de obligada mención la obra del ínclito jurista —en toda la extensión del término— GEORGE JELLINEK, doctor en Filosofía y en Derecho a más de profesor de Derecho constitucional, Derecho internacional y Ciencia política en la Universidad de Heidelberg, publicada bajo la titulación “*Reforma y mutación de la Constitución*”, a lo largo de la cual se concreta, por primera vez, la discusión sobre la subversión de la Carta política de un Estado.

En principio, este autor advierte cómo “las leyes fundamentales se establecen como las demás, en cuanto necesidad inevitable, reconózcase o no, en el curso de los acontecimientos históricos” (JELLINEK, 1991, p. 6) pero con la salvedad irrevocable de que para poderse hablar de una *Constitución* como tal, habrá de mirarse si ese texto *legal constitucional* cuenta con “garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad, [para] protegerla contra modificaciones precipitadas, [porque, de lo contrario], esas leyes (*las constitucionales*) no se distinguen en nada, según el Derecho constitucional, de las otras (*las leyes ordinarias*)” (JELLINEK, 1991, p. 15), lo que genera, en consecuencia, que, como él mismo lo hace notar, la *reforma constitucional* “sólo pueda hacerse, desde luego, mediante una ley elaborada, observando las vías de la reforma de la Constitución” (JELLINEK, 1991, p. 15).

En ese mismo sentido, el profesor heidelbergués define que por *reforma de la Constitución* se entiende “la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas” y por *Mutación de la Constitución* “la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación” (JELLINEK, 1991, p. 7), la cual puede sobrevenir “por la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental

⁵ Entiéndase el adjetivo “*ordinarias*” en el sentido de aquellas leyes que expide el Parlamento o Congreso, como Poder constituido, en ejercicio de su función legislativa.

y la de los tribunales..., [donde] las normas constitucionales de modo subrepticio [adquieren] un significado totalmente distinto al que tenían en el sistema jurídico originario” (JELLINEK, 1991, p. 16; subrayas fuera de texto).

Sí, en efecto, como lo hace destacar Jellinek, la natural condición de las normas constitucionales es “no vinculante sino flexible, porque se adaptan siempre a las relaciones políticas que cambian continuamente” (JELLINEK, 1991, p. 16). Estas circunstancias, circunscritas a la realidad histórica como un hecho social indisolublemente unido a la evolución estatal y constitucional del Estado considerado, hacen colegir que la *mutación*, inequívocamente, implica una *mutación institucional*; esto es, que si bien es de la naturaleza de las instituciones reformarlas, la *mutación* implica un cambio institucional “no normativo” o, lo que es lo mismo, la *mutación* no implica un cambio institucional “sólo formal” dado que la *mutación* es efectuada con arreglo a los procedimientos que el Constituyente legó para el efecto. Sin embargo, lo que a la postre generan estas *reformas* es que lo que antes fuera inconstitucional ahora sea considerado acorde con la Constitución: he ahí la esencia de la *mutación*.

Pero, debemos detenernos porque, si bien la primera edición de la obra de Jellinek que ya mencioné data de 1906 (Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek, Berlin, Verlag von O. Häring, 1906), y aunque el fallecido juez del Tribunal Constitucional alemán, Konrad Hesse, desarrolló sus postulados en su obra “*Escritos de Derecho Constitucional*” (*Grenzen der Verfassungswandlung*) de 1974, hay una versión inveterada que data de 1820: el “*Curso de política constitucional*” de Benjamin Constant que, en lo atinente, se explicará brevemente.

El profesor Constant, al tratar *la suspensión y violación de las Constituciones* (Capítulo XXXI), abre su disertación con la advertencia: “No existiendo los poderes constitucionales sino por la Constitución, no pueden éstos tampoco suspenderla” pero, desgraciadamente, agrega, “los gobiernos sucesivamente han pretendido tener el derecho de violarla para salvarla” por medio de *leyes de excepción* (p. 261) —con lo que, una vez más, salta a la palestra la *necesidad de reforma, de suspensión e, incluso de sustitución*—. Así, pues, por tales *leyes de excepción*, dice Constant, “la Constitución es aniquilada y

el gobierno subsiste ya por la fuerza y ya no por la Constitución” (p. 263): ¿no podríamos concluir, entonces, que, aun cuando *aniquilar* nos sonara dramático se confundiría con *mutar* o, incluso, *sustituir*?

Efectivamente, como aclaré hace unos momentos, de cualquier modo, si “se adopta otra naturaleza” –*mutación*– o si “se pone por otro” –*sustitución*– nos veríamos delante de la *aniquilación* de la Constitución, noción sinónima de la *suspensión constitucional* constantiana. Como ejemplo de tal acontecimiento, inconveniente, desgraciado y vergonzoso para cualquier nación, propone este autor la “*supresión de la Justicia*” a través del caso en que se aplica la pena de muerte sin juicio alguno: “si se condena a alguna sin juicio alguno, ¿cómo –se pregunta Constant– saber si el ejecutado ha merecido por su falta el perder los derechos que se declaran serle respetados mientras que no merezca perderlos?” y responde: “el peligro se conjura adhiriéndose más escrupulosamente que nunca a las leyes establecidas, a las formas tutelares y a las garantías preservadoras. El Estado no se configura sobre la injusticia” (p. 269).

Es más, sin embargo, imagínese el hipotético caso en que, por algún *giro jurídico*, algún tribunal constitucional sembrara la inseguridad jurídica al imponerse (i) como entidad revisora de las sentencias de los órganos de cierre o de los tribunales arbitrales por vía, p. ej., de una acción de tutela cuando éstos son jurisdicciones independientes y autónomas –con lo que se desfiguraría la naturaleza de las corporaciones de última o *única instancia*–; o (ii) como mandante de cualquier Gobierno al ordenarle, con sus fallos y proveídos, emitir informes y actuar sobre aquellas cosas que considera *inconstitucionales* –como es el desplazamiento forzado o la pobreza–. Con lo que, probablemente, tal tribunal o corte constitucional sometería a los ciudadanos a un *Gobierno de los Jueces*, los que, habiendo armádose y cruzado el Rubicón no querrán renunciar ya más a las facultades abrogadas.

El apego a las *leyes santas*, según Constant, defiende a cualquier sociedad del despotismo de cualquiera de sus órganos, aun constitucionales. Y destaco esto pues despotismo no es exclusivo de las tiranías, se detecta en jueces, en parlamentarios e, incluso en los particulares. Pero cuánto más peligroso un juez déspota, pues si alguna vez temimos el gobierno de los jueces cómo no hemos de temer las imposiciones de los jueces despóticos. La violación de las leyes

hace perder la confianza en el gobierno y la violación de la Constitución hace perder la confianza en el juez constitucional.

La interpretación judicial, pues, ha de ser restringida toda vez que “los jueces... por la misma razón de que no son legisladores” trascendería su figura para arrogarse las facultades del Poder legislativo positivo –ejercido por el Congreso o el Parlamento– y, en su exploración del espíritu de la ley, “dique roto al torrente de las opiniones... [la Justicia se movería en] la resulta de [su] buena o mala lógica, de su buena o mala digestión... y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian... el ánimo fluctuante del hombre” (BECCARIA, 1774, pp. 19-21). Por lo que, de cualquier manera, ante el vacío de la redacción constitucional, el juez habrá de “mantenerse dentro del ámbito de su función específica ... [de] actuar como legislador negativo” (CASAL, 2004, p. 193).

4. Debate entre ‘reformar’ y ‘sustituir’: Adaptación de la teoría según la jurisprudencia colombiana

Ahora bien, como ya se anticipaba en momento precedente, la colocación de una *Constitución* como *norma suprema* de los ordenamientos jurídicos (*Normarum norma*⁶) implicó la inevitable transición del *legocentrismo*, caracterizado por el *imperio absoluto de la ley*, hacia el *constitucionalismo*. En otras palabras, la consideración de que la Ley –resultado de la actividad legislativa del órgano competente, ora un congreso, ora un parlamento– era la única norma aplicable debió dar paso a la moderna concepción de que es el contenido de la Constitución, la *Norma superior*, no sólo el directamente aplicable sino, también, sometedor de todas las demás normas; esto es, todas y cada una de las normas de un sistema jurídico deben someterse a la Constitución y jamás contravenirla.

Así las cosas, en el deseo de garantizar la efectividad del *Principio de Superioridad normativa* de la Constitución surgió, al inicio, la figura de los “Senados guardianes de la Constitución” (HAURIUO, 1980, p. 371), presentes en Europa hasta mediados del Siglo XIX,

⁶ Expresión latina que traduce literalmente “*Norma de normas*”; empero, a pesar de ser de común recibo, la utilización de la locución “*Norma normarum*” es un uso impropio por existir en Latín la regla de *inversión de genitivo*, por lo que –a nuestro juicio– la expresión correcta es “*Normarum norma*”.

que pronto desapareció y dio paso a que se optara, paulatinamente, por establecer *Jurisdicciones constitucionales*, de suyo “*sui generis*” (DEVIS, 1985, p. 100) y erigidas con facultades parajurisdiccionales a fin de que se posicionaran como *guardianas de la Carta* al lado de las tradicionales Jurisdicciones Ordinaria y de lo Contencioso Administrativo; toda vez que, en vez de realizar un ejercicio exegético unificador y con efectos *inter partes*, comenzaron a fungir, principalmente, como dirimientes de la acusación contra la ley –porque aquí no se decide sobre la responsabilidad penal de un reo sino que se *carga* por inconstitucional a la ley y se la sienta en el banquillo bajo el escrutinio de los magistrados constitucionales– y cuyas sentencias generan efectos *erga omnes* –al punto de obligar no sólo a los particulares sino, también, a los demás jueces, colegiados y singulares, y funcionarios administrativos– de manera que al Tribunal o Corte Constitucional se los considere como “*el juez [que] convierte en derecho la demanda del particular*” (HAURIUO, 1980, p. 372) cuando de *control constitucional por vía de acción* se trata.

En este orden de ideas, según el inciso segundo del Artículo 379 de la Constitución Política de Colombia, se consagra “la acción pública contra estos actos (*los actos legislativos reformatorios de la Constitución*)” y que “sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2”; numeral éste que, en concordancia con el numeral 1 del mismo artículo, en principio, faculta a la Corte Constitucional para “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación” (*subrayas fuera de texto*).

Sin embargo, desde la Sentencia C-0551 de 2003 de esta misma Corporación, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett, si bien “la competencia de la Corte Constitucional está limitada a asuntos de procedimiento, a favor del principio democrático y la libre autodeterminación de los pueblos como constituyente originario (17, 19, 84, 150), el juicio de constitucionalidad no se reduce al ámbito puramente procedimental, pues la expresión “*solo* (sic⁷)”, mencionada en el ar-

⁷ La grafía afortunada debió haber sido “sólo” por cuanto ésta señala un adverbio de modo frente a “*solo*” que indica un adjetivo calificativo.

título 241 Superior, no debe ser entendida en sentido literal sino articulada con otras normas de la Carta (71); que la ley que convoca a referendo es una ley especial cuya naturaleza y alcance debe ser determinado previamente por la Corte Constitucional (81)”, por lo que “el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material” (No. 39).

Asimismo, la Corte Constitucional reiteró en la misma providencia que “una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser **reformado** – lo cual está autorizado puesto que en eso consiste el poder de reforma cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana – y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución en efecto ésta sea **sustituida** por otra Constitución totalmente diferente – lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder” (S. C-0551/03, No. 33), donde la inclusión del verbo “*sustituir*” y sus derivaciones, según lo expuesto y con las precisiones aquí señaladas, implican una directa significación de lo que el profesor Jellinek definió como “*mutación*”, tal cual se constata en el numeral 3.2.1. de la Sentencia C-0588 de 2009, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, de la que se hará mención más adelante⁸.

Empero, pues, la misma Corte reconoce que “aunque la Constitución de 1991 no contiene ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites así éstos reconozcan un poder muy amplio de modificación de la Constitución. El poder de reforma, por ser un poder constituido y regulado en el Título XIII de la Constitución, tiene límites materiales, pues la

⁸ Sin perjuicio de lo hasta aquí anotado, es bueno preguntarse lo siguiente: ¿no podría el Congreso *sustituir ni mutar*, pero la Corte sí? Claro está, inteligible sería calificar negativamente a uno y otro órgano como *subversor de la Constitución*, pero cómo admitir que uno sí pueda y el otro no. Las prohibiciones habrán de ser universales y equitativas so pena de robustecer a un órgano frente a los otros y generar, así, un desequilibrio de los Poderes constituidos.

facultad de “reformular la Constitución” (artículo 374 CP⁹) no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad” para cuyo efecto –el del control material de los actos reformativos– la Corte Constitucional reconoce su completa competencia en una *amplia interpretación*¹⁰ de los postulados de nuestra Carta política de manera que el juicio que efectúe verse sobre “si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho de forma republicana (CP art. 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma” (S. C-0551/03).

Sin perjuicio de lo anterior, a través de la ya citada Sentencia C-0588 de 2009 la Corte Constitucional, en lo más reciente –como a su vez lo señala en varias jurisprudencias (SS. C-0970/04 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil), C-1040/05 (MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa y otros), C-0141/10 (M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto), entre otras)–, ha concretado, en primer lugar, que como concepto de *sustitución* de la Constitución ha de entenderse el “*reemplazo de la Constitución en términos materiales e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra completamente distinta, y cuando se produce la sustitución se incorpora a la Constitución un nuevo elemento que reemplaza al originalmente adoptado por el Constituyente*”; en segundo lugar, que para establecer si se configuró o no la sustitución “*es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una*

⁹ N. E.: Es habitual que la Corte Constitucional emplee las siglas CP en el sentido “*Constitución Política*”. Sin embargo, a nuestro juicio, esta manera de citar es una impropiedad, inclusive con el uso de las siglas “C. P.” que para los mismos efectos se realiza, pues por expresa disposición legal, dichas siglas “C. P.” se habrán de usar para citar el Código Penal colombiano (Cf. Código Civil Colombiano (Ley 57 de 1887), Artículo 2684); de manera que, entonces, la abreviatura “*Const. Pol.*” sea la indicada.

¹⁰ La que no deja de ser un riesgo superlativo [!] frente a la *taxatividad* con la que el Constituyente colombiano de 1991 ha señalado sus funciones.

regla, norma o principio constitucional, sino para determinar si los principios anteriores y los introducidos son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles”; y en tercer lugar, los tipos o clases de *sustitución* –que ya fueron referidas a partir del planteamiento jellinekiano como *por vía gubernamental, parlamentaria o judicial*– que son, a saber, “[i] **total** cuando la Constitución como un todo, es remplazada por otra; o [ii] **parcial**, caso este último en el cual un eje definitorio de la identidad de la Constitución es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente que torna imposible la armonización de la pretendida reforma con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible”, categorías reductoras con las que salva su propio papel de contingente sustitutora de la Constitución a través de sus obligatorios fallos determinadores del alcance de cada *postulado superior*.

5. Proyección de la figura

Efectivamente, como se colige del trajín histórico del Derecho constitucional, cualquier Constitución, partiendo del hecho de que es una forma jurídica viva –máxime cuando la jurisprudencia propende por erigir un *Derecho viviente* para alejar a la *disposición superior* del desuso–, no sólo necesita ser reformada, toda vez que la circunscripción fáctica de las realidades sociales es *mutante*, sino que, también, está destinada a desaparecer pues, luego de formada, crece y desaparece. Esto es, tarde que temprano las instituciones jurídicas incoadas por el Legislador extraordinario dejan de responder a las necesidades del conglomerado de los nacionales que gobiernan y su momento jurídico, eminentemente específico, termina; sin perjuicio de que su periodo de vigencia sea extenso, como el de la Constitución colombiana de 1886, o, un poco más breve, como el de la de 1863.

Lo interesante a destacar, pues, es que las Constituciones contienen preceptos jurídicos, los cuales “a menudo son oscuros y extensos” y, en principio, “sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy [parecido] a como el juez, [con conciencia clara de su contenido], *ha de aplicar las leyes*” (JELLINEK, 1991, p. 15; *la adaptación es nuestra*); pero como “todo el Derecho es reformado y completado... mediante la ley, a través del Derecho consuetudinario, o bien,... mediante el Derecho de los juristas” (JELLINEK, 1991, p. 6),

nos enfrentamos, en adelante, ya no al imperio de la Constitución ni de la ley sino al de la Corte Constitucional.

Valga, entonces, recordar cómo el Artículo 25 del Código Civil vernáculo (L. 57/87) establecía, en su redacción original, que “la interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador”; pero, al ser analizado por nuestra Corte Constitucional en sus Sentencia C-0820 de 4 de octubre de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fueron declaradas inexecutable y, por ende, expulsadas del Ordenamiento jurídico, las expresiones “con autoridad” y “sólo” bajo el entendido de que “la interpretación constitucional que de la ley oscura hace la Corte Constitucional *tiene carácter obligatorio y general*” (subrayas fuera de texto), de lo cual se colige, pues, que los fallos de esta Corporación, por las atribuciones que le otorgó la Constitución, tienen esa misma nota: *obligatorios y generales*, de manera que, “la Corte Constitucional, al interpretar la carta política, determina su contenido y alcance al definir la voluntad del constituyente, con lo que se coloca por encima de la Carta misma, del constituyente primario y de los demás poderes constituidos como instancia suprema dueña del orden constitucional” (TÉLLEZ, 2010, p. 59).

Conclusión

En definitiva, la figura que nos presenta la *mutación constitucional* implica un riesgo mayor que la mera sustitución de las Instituciones por parte de un *Poder constituido*. Dicho de otra manera, las particulares formas de *mutación constitucional* que han sido mencionadas significan el riesgo inevitable de acercarnos a un Derecho constitucional dispositivo y no imperativo, es decir, nos abocan a aceptar, casi que por la fuerza, la desfiguración del carácter eminente del Derecho público y de las normas de orden público que es su acatamiento inmediato y su nula revocación o modificación por acuerdo privado. Desdibujar, incluso por vía jurisprudencial las *Normas superiores*, lleva a pensar que la entidad superior del Estado no es la Constitución Política sino su intérprete, aparentemente incuestionable, que no es otro que la Corte Constitucional.

Y, para concluir, lo que más grave nos parece, es tener que presenciar cómo la atribución de la reforma constitucional, atribuida a la

Función legislativa, en nuestro caso el Congreso de la República, se ve transportada –y con ello tal institución jurídico-constitucional *mutada*–, en último término, a las facultades de la Corte Constitucional porque, no sólo por el hecho de que prácticamente ella misma se ha arrogado la competencia para conocer sobre la materia de los Actos Legislativos, sino porque, también, si así ocurriera, como en tantas ocasiones, por un fallo de *exequibilidad condicionada*, el *ente mutador* de la Carta no sería el Congreso sino la Corte Constitucional la que habrá de haber reconocido un vicio, delimitándolo y determinado su alcance.

Bibliografía

- _____. (2001) “*Diccionario de la Lengua Española*” Madrid, España: Real Academia Española.
- _____. (1979) “*Enciclopedia jurídica Omeba*” Tomo XII. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica.
- BECCARIA, Cesare (1774) “*Tratado de los delitos y de las penas*” Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María (2006) “*Constitución, justicia constitucional*” Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. (1974) “*Los grandes textos políticos desde Maquiavelo hasta nuestros días*” Bogotá, Colombia: Editorial Aguilar.
- CONSTANT, Benjamín. (1820) “Curso de política constitucional” Tomos I, II, III y IV. Madrid, España: Biblio Bazaar.
- CONSTANT, Benjamín. (2010) “Curso de política constitucional” Tomos I, II, III y IV. Madrid, España: Imprenta de la Compañía.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. (2006) “*Hacia la europeización de la Constitución española, la adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*” Bilbao, España: Fundación BBVA.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. (1979) “*Compendio de Derecho procesal*” Tomo I, Séptima Edición. Bogotá, Colombia: Editorial ABC. Bogotá.
- GARCÍA CUADRADO, Antonio María. (2002) “*El ordenamiento constitucional, un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del Derecho*” San Vicente (Alicante), España: Imprenta Gamma.

- GINER, Salvador. (1975) *“Historia del pensamiento social”* Barcelona, España: Editorial Ariel.
- HENRION, M. Barón. (1854) *“Historia general de la Iglesia”* Tomo VIII. Madrid, España: Imprenta de Ancos.
- HESSE, Konrad. (1983) *“Escritos de Derecho constitucional”* Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- JELLINEK, George. (1991) *“Reforma y mutación de la Constitución”* Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- KÄGI, Werner. (2005) *“La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado, investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho constitucional”* Madrid, España: Editorial Dykinson, S.L.
- LASALLE, Ferdinand. (2007) *“¿Qué es una Constitución?”* Bogotá, Colombia: Panamericana Editorial, Ltda.
- MARTÍNEZ, Manuel. (1823) *“El restaurador”* Volumen 2. Baviera, Alemania: Editorial F. Martínez Dávila.
- MOLIÈRE, Jean-Baptiste. (1748) *“The Works of Molière”* Volumen 4. Londres, Inglaterra: John Watts, Printing Office.
- NARANJO MESA, Vladimiro. (2006) *“Teoría constitucional e instituciones políticas”* Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- NAVAS CASTILLO, Antonia y Florentina. (2005) *“Derecho constitucional. Estado constitucional”* Madrid, España: Editorial Dykinson, S.L.
- NOGUERA LABORDE, Rodrigo. (2007) *“Introducción general al Derecho”* Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones – Universidad Sergio Arboleda.
- NOUEL, Emilio. (2006) *“Nuevos temas de Derecho internacional, ensayos sobre los nuevos principios y conceptos que rigen las relaciones internacionales”* Caracas, Venezuela: Editorial CEC, S. A.
- SAINT ONOPHRE, Vicente. (1831) *“Constituciones y extravagantes de los monges de la orden del máximo doctor de la Iglesia San Geronymo”* Madrid, España: Abadía de Montserrat.
- SANTOALLA LÓPEZ, Fernando (2004) *“Derecho constitucional”* Madrid, España: Editorial Dykinson, S.L.
- TÉLLEZ RODRÍGUEZ, Luis Felipe. (11 de diciembre de 2010) *“20 años de la Corte Constitucional”* Justicia Siglo XXI, REVISTA PODER. Edición 05-22 No. 108. Bogotá, Colombia.

VERA SANTO, José Manuel. (2007) “*La reforma constitucional en España*” Madrid, España: Editorial Wolters Kluwer España, S. A.

Referencias Jurisprudenciales

Corte Constitucional, Sentencia C-0551 de 9 de julio de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett, Expediente No. CRF-001.

Corte Constitucional, Sentencia C-0970 de 7 de octubre de 2004, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, Expedientes No. D-5032 y D-5041.

Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005, MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, Expediente No. D-5645.

Corte Constitucional, Sentencia C-0588 de 27 de agosto de 2009, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Expediente No. D-7616.

Corte Constitucional, Sentencia C-0141 de 26 de febrero de 2010, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente No. CRF-003.

UN ANÁLISIS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN*

*Juan Camilo Loaiza Ortiz***

RESUMEN

El estudio de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, como mecanismo de control de constitucionalidad en cabeza de la Sala Plena del Consejo de Estado, debe realizarse a partir del siguiente análisis, a saber: en primer lugar, es necesario establecer el marco normativo que la Constitución Política le otorga así como el que las distintas normas le confiere; para lo anterior, es necesario entonces realizar un estudio histórico de la figura en estudio, pues permite establecer en primer lugar, el marco normativo en que se ha desarrollado la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico y en segundo lugar, permite plantear una propuesta sobre el futuro de esta acción constitucional; en segundo término, resulta imperante mencionar el conflicto jurisprudencial que ha surgido con ocasión de la aplicación de esta acción, pues es la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado la fuente que desarrolla la naturaleza, competencia y aplicación de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad; por último se enmarca la figura en estudio dentro de la estructura contenida en el nuevo Código Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011-. Una vez planteada la anterior estructura se debe proceder a responder el siguiente problema: a pesar de la escasez de aplicación de esta acción constitucional, ¿es pertinente conservarla dentro del ordenamiento jurídico colombiano?, por lo cual, se plantean 3 propuestas encaminadas a determinar el posible futuro de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad.

Palabras clave

Pretensión de nulidad por inconstitucionalidad. Consejo de Estado. Corte Constitucional. Acción de nulidad. Control de constitucionalidad.

* La presente ponencia es el resultado de una investigación realizada en la línea de Análisis Crítico de las Instituciones del Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR de la Universidad Sergio Arboleda.

** Alumno de Séptimo Semestre de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Semillero de Investigación del Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR de la misma Universidad, miembro del Programa de Honores Rodrigo Noguera Laborde. Correo electrónico: juancamilo.loaizaortiz@gmail.com.

ABSTRACT

The study of the pretension of the nullity for unconstitutionality, as a mechanism of control of constitutionality must be realized from the following analysis, namely: firstly, it is necessary to establish the regulatory framework that the Constitution grants as well as the different norms confers; for this, it is necessary then to realize a historical study of the figure in study, allowing to establish in the first place, the regulatory framework that has developed the pretension of nullity for unconstitutionality in our legal system and secondly, it allows to raise a proposal on the future of this constitutional action; in second term, it is prevailing to mention the jurisprudential conflict that has emerged due to the application of this action, as is the jurisprudence, both the Constitutional Court and the State Council the source that develops the nature, jurisdiction and application of the pretension of nullity for unconstitutionality; finally the figure in study will be adapted within the structure contained in the new Contentious Code Administrative-Law 1437 of 2011-. Established the previous structure should proceed to answer the following problem: despite the lack of application of this constitutional action, Is it relevant to preserve it in the Colombian legal system?, therefore, 3 proposals are suggested to determine the possible future of the pretension of nullity for unconstitutionality.

Key words

Pretension of nullity for unconstitutionality. State Council. Constitutional Court. Nullity action. Constitutional control.

Introducción

El estudio del control de constitucionalidad en Colombia tiene una fecha en la cual se puede determinar la existencia de esta figura, en virtud de la cual se busca proteger la integridad y la supremacía de la Constitución. Fue 1910 el año en que el legislador consideró que las normas constitucionales tenían un carácter supremo respecto de las demás y por eso a partir de esa fecha se inicia el periodo de control de constitucionalidad y por ende de jurisprudencia constitucional.

De igual manera, desde inicios del control de constitucionalidad en Colombia, se ha tenido una dualidad de jurisdicciones encargadas de velar por la constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico, dualidad que se ha visto reflejada básicamente en dos mecanismos con que cuentan los ciudadanos para demandar de la jurisdicción el control de constitucionalidad de las normas, a saber: por una parte la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

El objeto de estudio de este trabajo es la acción o pretensión de nulidad por inconstitucionalidad; sin embargo, debe advertirse que para el completo desarrollo de esta acción, no puede dejarse a un lado los otros mecanismos con que se puede buscar realizar un control de constitucionalidad, pues la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad como se verá tiene un radio de aplicación muy reducido debido a los pocos asuntos de que puede conocer.

Establecido el marco conceptual básico sobre la acción de nulidad por inconstitucionalidad contenida en el artículo 237.2 constitucional, de competencia del Consejo de Estado, hay que lograr determinar entonces todos los aspectos que la componen y la han desarrollado a lo largo de estos 20 años de vigencia de nuestro ordenamiento constitucional.

Metodología

El presente análisis se llevará a cabo a partir del planteamiento de la estructura jurídica de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano con la finalidad de poder proceder a plantear un problema jurídico, el cual irá seguido de tres posibles soluciones. El método empleado para el presente análisis será el cualitativo, mediante el cual se determinará la naturaleza de la figura en estudio y, mediante la aplicación de jurisprudencia y casos prácticos, se llegará a presentar 3 propuestas encaminadas a dar solución al problema planteado.

Marco Teórico

Para realizar un análisis crítico sobre la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, es necesario determinar el marco jurídico en el cual tanto el constituyente como el legislador han previsto esta institución procedimental dentro de nuestro ordenamiento jurídico; por lo cual se debe, en primer lugar, determinar un concepto amplio sobre la acción de nulidad por inconstitucionalidad y; en segundo término, hay que proceder a determinar todo el marco jurídico en el cual se prevé concretamente un concepto sobre la acción en estudio.

Concepto y marco jurídico de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad

La pretensión de nulidad por inconstitucionalidad es la facultad con que cuentan los ciudadanos para acudir ante la jurisdicción contencioso

administrativa—Consejo de Estado- para demandar de ella la declaratoria de nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional cuya competencia de conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional (art. 237.2 Constitución Política) por considerarlos contrarios a las normas contenidas en la Carta Política.

El desarrollo del artículo 237.2 constitucional está plasmado en las distintas normas que desarrollan la nulidad por inconstitucionalidad de competencia del Consejo de Estado, pues, producto del afán recalitrante del legislador por determinar la naturaleza jurídica de los decretos enunciados en el artículo superior, se ha generado una discusión jurisprudencial entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a determinar la competencia del Tribunal correspondiente para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia de conocimiento no sea de la Corte Constitucional; el artículo 237.2 superior, desarrollado por el artículo 49 de la Ley 270 de 1996 “*Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*” ha establecido lo siguiente: “*El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.*”

La decisión será adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.”

Por otra parte, el numeral 7 del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), modificado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, establece en cuanto a la competencia del Consejo de Estado en Sala Plena lo siguiente, a saber:

“La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales:

De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa.

La acción podrá ejercitarse por cualquier ciudadano y se tramitará con sujeción al procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes de este Código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, tendrá un término máximo de diez (10) días.

En estos procesos la sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Consejeros de la Sección respectiva según la materia y el fallo a la Sala Plena.

Contra los autos proferidos por el ponente sólo procederá el recurso de reposición. Los que resuelvan la petición de suspensión provisional, los que decreten inadmisión de la demanda, los que pongan fin al proceso y los que decreten nulidades procesales, serán proferidos por la Sección y contra ellos solamente procederá el recurso de reposición.

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

Las acciones de nulidad de los demás Decretos del orden nacional, dictados por el Gobierno Nacional, se tramitarán y decidirán por las Secciones respectivas, conforme a las reglas generales de este Código y el reglamento de la Corporación. <Subrayado por fuera del texto original>”

Una vez establecido el marco jurídico en que se enmarca la acción de nulidad por inconstitucionalidad, prevista en la Constitución, es necesario proceder a establecer en primer lugar, como referente histórico, las circunstancias en las cuales se originó esta figura jurídica de rango superior; en segundo término, se determinará la naturaleza jurídica de los decretos de carácter general proferidos por el Gobierno Nacional que no obedezcan a funciones propiamente administrativas; en tercer lugar, se determinarán las características y el trámite judicial de la acción de nulidad por inconstitucionalidad; posteriormente, se establecerán las posiciones jurisprudenciales que han ahondado en la materia ora de la Corte Constitucional, ora del Consejo de Estado y; en quinto lugar, se hará un breve recuento

sobre la estructura que quedó prevista para la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad en el nuevo código contencioso administrativo; por último, se realizará un análisis sobre la efectividad, los resultados y la aplicación de la acción de nulidad en nuestro ordenamiento jurídico.

1. Referente Histórico

El control de constitucionalidad en Colombia tiene sus orígenes en el Acto Legislativo 03 de 1910, en virtud del cual se le confiaba a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución, otorgando a los ciudadanos la acción de constitucionalidad con el ánimo de dar cumplimiento al principio de Supremacía Constitucional; esta norma es considerada por muchos sectores de la doctrina como el inicio de la jurisprudencia constitucional, pues bajo el esquema planteado en 1887 se “había diseñado un sistema de presunción de constitucionalidad, según el cual una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputaba como exequible y se aplicaría aun cuando pareciere contraria a la Carta Política (art. 6 Ley 153 de 1887)” (GALINDO VÁCHA).

Con todo, la materia que nos ocupa es otra, por lo cual, su referente histórico en nuestro ordenamiento jurídico es la Ley 130 de 1913, mediante la cual se le confiere competencia al Consejo de Estado para conocer de la revisión de los actos del Gobierno que no sean de competencia de la Corte Suprema de Justicia; por otra parte, la Ley 167 de 1941, anterior código contencioso administrativo, estableció expresamente la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en los asuntos de inconstitucionalidad o ilegalidad de los decretos, resoluciones y todos los actos del Gobierno.

Vale la pena anotar, que la discusión jurisprudencial sobre la dualidad de jurisdicciones competentes para conocer de la constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional es de antaño, pues la disputa en un primer escenario fue entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; sin embargo, la controversia quedó saneada con la reforma constitucional de 1945, la cual brindó una solución pacífica a este conflicto de competencias entre jurisdicciones, determinando taxativamente los casos en los cuales el Consejo de Estado debería conocer y decidir sobre las acciones

de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional.

Posteriormente, con la gran reforma constitucional de 1968, contenida en el Acto Legislativo 01 de ese año, mediante la cual se modifica la competencia de la Corte Suprema de Justicia y se crea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se modifica el artículo 216 superior quedando de la siguiente manera: “ *Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución*”. Los referidos artículos constitucionales a que hace mención el artículo 216 de la Constitución de 1886 se referían concretamente a: facultades extraordinarias, ley del Plan de Desarrollo, estado de sitio y estado de emergencia económica (GALINDO VÁCHA, 2008).

El Acto legislativo 01 de 1968, fue el último gran acto reformativo de la Constitución de 1886, el cual perduró hasta la derogación expresa hecha por el artículo 380 de la Carta Política de 1991.

2. Naturaleza Jurídica de los Decretos Dictados por el Gobierno Nacional de los cuales es competente el Consejo de Estado para conocer de la inconstitucionalidad de los mismos

Hay que advertir que si se quiere lograr establecer la competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad consagrada en el artículo 237.2 superior es necesario establecer la clasificación de los Decretos a la luz de la Constitución Política de 1991, pues todos aquellos que tengan naturaleza de ley son de conocimiento exclusivo de la Corte Constitucional para su análisis de exequibilidad; a contrario sensu, aplicando la cláusula residual, aquellos decretos que no tengan naturaleza legislativa serán de conocimiento del Consejo de Estado cuando estos sean objeto de revisión por tener vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad.

Los decretos de que conoce la Corte Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el articulado superior son; en primer lugar, los decretos-ley, según los cuales El Presidente de la República está facultado para expedir estos decretos en virtud de las plenas facultades

extraordinarias conferidas por el Congreso de la República de que trata el artículo 150 núm. 10 de la Constitución Política y el decreto que aprueba el Plan Nacional de Desarrollo cuando el Congreso no lo adoptare; en segundo término, los decretos legislativos, en virtud de los cuales el Presidente de la República asume la calidad de legislador durante los estados de excepción- arts. 212,213 y 215 constitucionales.

Por otra parte, los demás decretos expedidos por el Gobierno Nacional no gozan de naturaleza legislativa y por lo tanto corresponde al Consejo de Estado conocer de la constitucionalidad de dichas normas.

Sin embargo, se encuentra que de la acción de nulidad de que conoce el Consejo de Estado, la ley prevé dos acciones, a saber: la nulidad por inconstitucionalidad (art. 97.7 C.C.A) y la simple nulidad o nulidad por ilegalidad (ART. 84 C.C.A); la importancia de realizar esta distinción radica en que respecto de la primera, la acción está en cabeza de todo ciudadano, es decir, aquellos mayores de edad, dejando a un lado los menores de edad, los extranjeros y las personas jurídicas, y en cuanto al análisis de la nulidad por inconstitucionalidad, le corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo llevar a cabo esta labor, haciendo un parangón directo entre la norma-decreto- acusada y la Constitución Política; por el contrario, la segunda acción de nulidad está en cabeza de todas las personas, es decir, nacionales o extranjeros, naturales o jurídicas, mayores o menores de edad y le corresponderá a las secciones del Consejo de Estado la realización del cotejo frente a las leyes, pues el estudio de esta acción está encaminado a determinar su ilegalidad; y aun advirtiendo la inconstitucionalidad de la norma acusada, se debe tramitar por el proceso correspondiente a la simple acción de nulidad, pues lo que se predica en este caso es su ilegalidad.

Es necesario añadir, que el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 23 de julio de 1996, profirió un fallo en que estableció la diferencia entre estas dos acciones; así pues se estableció que “El control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa se ejerce mediante “la acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 C.C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. En ese orden de ideas, y por exclusión, las “acciones de nulidad” atribuidas

a la Sala Plena del Consejo de Estado por el artículo 237.2 de la Constitución Política, son aquéllas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa de la Constitución Política. En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata o a través de normas de rango meramente legal, así puede predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo” (1996).

Se puede afirmar entonces que los Decretos a que hace referencia el artículo 237.2 superior y 33 de la Ley 446 de 1998 son los Decretos denominados “reglamentos constitucionales autónomos”, en virtud de los cuales, el Presidente de la República por atribución directa de la Constitución profiere estos decretos, sin intermediación de la ley (VEGA DE HERRERA, 2010); ejemplos de estos Decretos están previstos en la Norma Suprema, a saber: el artículo 355 constitucional, prevé la reglamentación de los auxilios o donaciones en favor de particulares o personas jurídicas, en este caso, la Norma Suprema delega esta importante labor directamente al Gobierno Nacional, quien está encargado de ejecutarlo mediante la expedición de un Decreto de carácter general sin intermediación alguna del legislador; por otra parte, en cuanto a las funciones conferidas al Presidente de la República, contenidas en el artículo 189 superior, se encuentra que no todas las disposiciones plasmadas en el articulado superior corresponden al ejercicio de funciones administrativas, por lo cual se puede predicar que respecto de los numerales 2, 3, 4 y 5 el Presidente de la República no está cumpliendo funciones propiamente administrativas.

Ahora bien, “un ejemplo de actos acusables por esta vía es aquel previsto en el artículo 41 transitorio de la Constitución-sobre el régimen del distrito capital de Bogotá-, quizás el único que ha dado oportunidad a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para que se pronuncie sobre pretensiones de nulidad por inconstitucionalidad. El decreto 1421 de 1993 fue expedido por el gobierno nacional en ejercicio de la atribución otorgada por la citada disposición transitoria de la Carta” (GALINDO VÁCHA, 2008).

Sin embargo, hay que advertir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado una posición distinta de la expuesta,

al considerar que los decretos de que debe conocer el Consejo de Estado respecto de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad son aquellos a los que se aplica la cláusula residual, es decir, los no contenidos en el artículo 241 superior y en los artículos 5, 6, 8, 22 y 39 transitorios.

3. Características y Trámite judicial

Las características y el trámite judicial de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad son:

- A) Legitimación: están legitimados para entablar esta acción todos los ciudadanos, es decir, quienes sean colombianos y gocen de sus derechos políticos; lo anterior en virtud del artículo 97.7 del C.C.A.; un sector de la doctrina ha considerado que el motivo de que esta acción esté en cabeza de los ciudadanos es su contenido altamente político (RIVADENEIRA BERMÚDEZ, 2009).
- B) Objeto de la acción: el objeto sobre el cual recae esta pretensión es buscar en la jurisdicción contencioso administrativa-entiéndase Sala Plena del Consejo de Estado- la declaratoria de nulidad de un Decreto de carácter general dictado por el Gobierno Nacional cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, disposición contenida en la Constitución Política art. 237.2, en el artículo 97.7 del C.C.A., y en el artículo 49 de la Ley 270 de 1996.
- C) Competencia: la competencia para conocer de este asunto está contenida en el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A., donde se establece que para la sustanciación y ponencia se designará un consejero de la sección a la que corresponda la materia, pero para la resolución sobre la nulidad por inconstitucionalidad conocerá y decidirá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
- D) Trámite: conforme a lo previsto en la ley, esta acción se tramitará según lo dispuesto en el artículo 206 del C.C.A., es decir, como procedimiento ordinario pero con algunas excepciones, a saber:

1. Se inicia con la presentación de la demanda ante el Consejo de Estado, que como ya se había mencionado, iniciará el proceso de reparto.
2. Respecto de los autos proferidos durante el proceso, únicamente serán susceptibles del recurso de reposición. Sin embargo, existen aspectos del proceso que únicamente serán de conocimiento de la Sección y otros que serán de conocimiento de la Sala Plena, por lo cual, los autos que profiera la Sección, referentes a resolver la solicitud de suspensión provisional, poner fin al proceso, inadmitir la demanda o decreto de nulidades procesales, serán de igual manera susceptibles del recurso de reposición; por el contrario, la Sala Plena únicamente conocerá sobre la decisión de fondo del asunto (PALACIO HINCAPIÉ, 2006).
3. Por regla general este proceso no tiene etapa probatoria, sin embargo, la ley establece que de necesitarse práctica de pruebas, se fijará un plazo que en todo caso no podrá exceder de 10 días.
4. El inciso 5 del numeral 7 del artículo 97 del C.C.A establece que “el ponente registrará el fallo dentro de los 15 días siguientes a la fecha de entrada a despacho para sentencia. La Sala Plena deberá adoptar el fallo dentro de los 20 días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional”.
5. La acción de nulidad por inconstitucionalidad por su esencia y por regla general no caduca, es decir, puede presentarse en cualquier tiempo, pues su finalidad es cotejar la inconstitucionalidad por vía directa de los Decretos a que hace referencia esta pretensión con el Estatuto Superior.
6. El proceso finaliza con sentencia.

Por último cabe anotar que la finalidad principal de esta acción en cabeza de los ciudadanos es “el restablecimiento de la legalidad abstracta, en tanto que se hace de respetar el orden jurídico, particularmente la Constitución Política” (GALINDO VÁCHA, 2008).

4. Posiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado

En un primer plano, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la materia en cuestión, siendo las Sentencias

C-037/1996 y C-506/1999 las más importantes, pues en primer lugar, se examina la competencia de ambas jurisdicciones conforme a la naturaleza jurídica de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional cuya competencia no sea de la Corte Constitucional y; en segundo plano, se determina la diferencia entre decretos expedidos en cumplimiento de funciones de carácter administrativo y de los decretos que no son en cumplimiento de plenas funciones administrativas.

El estudio realizado por la Corte Constitucional en tratándose de la primera sentencia citada, con fecha 5 de febrero de 1996, MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, el Tribunal Constitucional estudia la exequibilidad del artículo 49 de la Ley 270 de 1996, pues en el texto original del artículo en referencia, el legislador había establecido una enunciación taxativa de los Decretos que debía conocer el Consejo de Estado en razón de su constitucionalidad, estableciendo los siguientes decretos:

1. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco;
2. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que confieren autorizaciones;
3. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía y;
4. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a ley previa.

Sin embargo, en el análisis de constitucionalidad de la norma demandada, la Corte Constitucional encontró que el legislador no podía realizar una enunciación taxativa de decretos sujetos a un control de constitucionalidad, dejando por fuera otros. El argumento central de la Corte Constitucional en dicha sentencia fue “¿Sobre cuáles decretos se puede pronunciar el Consejo de Estado en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 2 del artículo 237 constitucional? La respuesta es evidente: sobre todos los que no estén contemplados dentro de las atribuciones que la Constitución Política confiere a la Corte Constitucional (Art. 241 de la Constitución Política). Así, entonces, resulta inconstitucional que el legislador estatutario entre a hacer una enumeración taxativa de los decretos objeto de control por parte del Tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pues

ello no está contemplado en el artículo 237 en comento y tampoco aparece en parte alguna de esa disposición-como sí sucede para el numeral 1- una facultad concreta para que la ley se ocupe de regular esos temas. Limitar de esa forma los alcances del numeral 2 del artículo 237 de la Carta es a todas luces inconstitucional” (1996).

Respecto de la segunda sentencia, la Corte Constitucional se pronunció acerca de la exequibilidad de las normas relativas a la materia en cuestión contenidas en la Ley 446 de 1998; para lo cual, la Corte Constitucional realiza el estudio, en este caso, de la expresión “y que no obedezca a función propiamente administrativa”, contenida en el artículo 33.7 de dicha ley. La Corte estima que “no tiene otro sentido que reiterar, en forma explícita (más allá de las contingencias de una disputa teórica) y por potísimos motivos de seguridad jurídica, que ellos quedan comprendidos en la categoría de actos que el constituyente sustrajo de la competencia de la Corte Constitucional. Se trata de actos administrativos no sólo por el órgano de donde proceden sino también por su forma y, en principio, por su contenido. Además, como pudiera argüirse, apelando a una vieja clasificación, que el Gobierno produce no sólo actos de *gestión* (típicamente administrativos) sino *de autoridad* (de contenido político), ha querido dejar en claro el legislador que también ellos son objeto de control, como corresponde a un Estado de derecho, y que dicho control le compete al Consejo de Estado. Por tanto, la expresión cuestionada, en contra de lo que sostiene el demandante, no establece ninguna restricción o limitación a la competencia atribuida al Consejo de Estado, pues todos los decretos de carácter general (distintos de los que tienen contenido legislativo) dictados por el Gobierno Nacional, no atribuidos a la Corte Constitucional, pueden ser demandados por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado” (1998). El análisis constitucional precedente resulta importante para el estudio de la materia toda vez que realizada la diferenciación de los actos de gestión y de los actos de autoridad, ambos de conocimiento del Consejo de Estado, en concordancia con lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se puede determinar cuáles decretos serán objeto de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad-actos de autoridad- y cuales serán objeto de la acción de ilegalidad o nulidad-actos de gestión-.

Por otra parte, el Consejo de Estado de igual manera se ha manifestado respecto de la materia; a continuación se presentarán dos de las más importantes manifestaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Como ya se había advertido, en sentencia del 23 de julio de 1996 se estipuló el control jurisdiccional de los actos eminentemente administrativos-acción de nulidad- y de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, determinada en la medida en que el parangón deba realizarse en vía directa entre la norma acusada y la Constitución Política. Esta sentencia es considerada como el eje sobre el cual se cimenta la competencia del Consejo de Estado en Sala Plena para determinar la constitucionalidad de los Decretos ya mencionados, pues en numerosas sentencias del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo se hace referencia a la misma siempre y cuando se deba determinar la naturaleza jurídica del acto de gobierno con la finalidad de establecer la acción contenciosa correspondiente; de igual manera, esta jurisprudencia junto con las de la Corte Constitucional, determinan que en Colombia existe un control dual de constitucionalidad por vía de la acción, bien sea de la acción pública de inconstitucionalidad, de competencia privativa de la Corte Constitucional, o de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Otra jurisprudencia relevante para el estudio en cuestión es la proferida el 18 de enero de 2000, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Consejero Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, pues en este caso, el Consejo de Estado en su Sala Plena conoce de una pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, y su importancia deriva pues de que tal acción ciudadana es escasa, dada la compleja naturaleza jurídica de los actos de gobierno-decretos-.

Respecto de esta jurisprudencia debe señalarse que tal y como lo advirtió GALINDO VÁCHA, tal vez de las únicas acciones de nulidad por inconstitucionalidad que ha conocido el Consejo de Estado en Sala Plena han sido respecto de la constitucionalidad de las normas contenidas en el Decreto 1421 de 1993, pues en el caso concreto, se demanda la nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 96 a 104 del citado Decreto por encontrar que son atentatorios de los artículos 117, 118, 322, 323, 324 y 41 transitorio de la Constitución

Política.; el motivo por el cual esta acción de nulidad corresponde a una que deba tramitarse ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, es decir, es realmente una acción de nulidad por inconstitucionalidad, se debe a que el Decreto 1421 de 1993 *“Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”* fue proferido por el Presidente de la República por disposición Constitucional, sin mediación alguna de la ley, es decir, que no estaba realizando actos propiamente administrativos, a lo cual el Consejo de Estado concluye diciendo que *“La competencia para conocer de la presente acción, de nulidad por inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 237.2 superior, en concordancia con el artículo 33.7 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 97.7 C.C.A., tal como quedó modificado y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, toda vez que se trata de un decreto de carácter general, dictado por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponde a la Corte Constitucional; la supuesta inconformidad del mismo con el ordenamiento jurídico se habrá de establecer sólo mediante confrontación directa con la Constitución; y su expedición no obedeció al ejercicio de función administrativa”* (2000).

5. La pretensión de nulidad por inconstitucionalidad a la luz del nuevo código contencioso administrativo Ley 1437 de 2011

Dentro del estudio de la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad se hace necesario mencionar la inclusión de esta figura dentro de la nueva reforma introducida por el legislador en virtud de la cual se dicta un nuevo código contencioso administrativo-Ley 1437 de 2011.

Por lo anterior, hay que aclarar primeramente que por mandato expreso del artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 el nuevo Código Contencioso Administrativo tiene un periodo de transición, es decir, su entrada en vigencia está prevista para todas las actuaciones administrativas y todos los procedimientos que se inicien a partir del 2 de julio del año 2012, por cual se entiende que el Decreto 01 de 1984-actual Código Contencioso Administrativo- estará vigente hasta esa fecha.

Por otra parte, de la derogatoria expresa que hace la Ley 1437 de 2011 en su artículo 309 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A) y todas las normas que le sean contrarias, se pretende establecer una nueva

estructura jurídica encargada de regular los temas relacionados con la administración.

En cuanto al objeto de estudio que hoy ocupa, el numeral 5 del artículo 111 de la Ley 1437 de 2011 hace mención a la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad en los siguientes términos:

“Artículo 111: *La Sala de lo Contencioso Administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones:*

5) Conocer de la nulidad por inconstitucionalidad que se promueva contra los decretos cuyo control no corresponda a la Corte Constitucional.”

Es necesario mencionar que la tipificación que se hace respecto de la acción de nulidad por inconstitucionalidad en el nuevo Código Contencioso Administrativo no hace referencia alguna al procedimiento que debe llevarse a cabo para iniciar esta acción, pues el artículo 97.7 del actual C.C.A., hace un análisis y establece completamente el procedimiento que debe llevarse a cabo, pues si se recuerda la jurisprudencia analizada anteriormente, el eje sobre el cual ha girado la controversia y la disertación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha sido sobre el enunciado del numeral 7 del artículo 97 del C.C.A.

Resulta por lo tanto novedoso el enunciado simple que se hace de la nulidad por inconstitucionalidad y queda planteada la problemática según la cual se va a manejar el procedimiento de la pretensión en estudio, entendiendo que el mecanismo procedimental a seguir es el mismo que se tiene previsto en el artículo 97.7 del actual C.C.A.

6. Análisis sobre los resultados y aplicación de la acción de nulidad por inconstitucionalidad en Colombia

Luego de quedar plenamente determinada la figura prevista en el artículo 237.2 constitucional, es procedente realizar un análisis sobre la efectividad y la aplicación que ha tenido esta figura de antaño en nuestro ordenamiento jurídico.

Es necesario primero advertir sobre la guarda e integridad de la supremacía constitucional (Art.4 constitucional), que por mandato expreso del constituyente de 1991 se le otorgó a la Corte Constitucional (Art. 241 constitucional), lo cual convierte a este Tribunal Constitucional en la autoridad suprema en cuanto a la interpretación,

alcance y protección de las normas superiores se trate; de igual manera, todos los jueces de la República están investidos de precisas funciones constitucionales en dos casos concretos, a saber: cuando conocen de la acción de tutela contenida en el artículo 86 superior y cuando aplican la excepción de inconstitucionalidad, quedando de esta manera parcialmente establecida la competencia en asuntos constitucionales; sin embargo, por voluntad de la Constitución de 1991, se le otorga de igual manera a la Sala Plena del Consejo de Estado la facultad de conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno cuya competencia no sea de la Corte Constitucional. De esta manera, la Carta Política establece entonces dos tipos de control de constitucionalidad, a saber: un control dual, que consiste en que por vía de la acción existen dos jurisdicciones competentes para conocer de los asuntos de constitucionalidad de las normas-Corte Constitucional y de manera residual Consejo de Estado-, y por otra parte se plantea un control difuso de constitucionalidad, de raigambre anglosajón en cuanto a la excepción de constitucionalidad se refiere y por otra parte se entiende que con la creación de la acción de tutela (art. 86 Constitución Política) se les da la posibilidad a los jueces de la república de examinar la constitucionalidad de las normas cuando por la aplicación de una norma de menor jerarquía se están amenazando o violando derechos fundamentales constitucionales.

Ahora bien, en virtud de la clasificación de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional, presentada anteriormente en este estudio, se ha encontrado que en la práctica se presentan más aquellos cuya naturaleza es legislativa- decretos-ley y decretos legislativos- y que los demás decretos que profiere el Gobierno Nacional en su facultad constitucional de hacerlo, son más comunes los que se ejercen en el cumplimiento de funciones administrativas, es decir, con intermediación previa de la ley; por el contrario, respecto de los decretos que ocupan el objeto de estudio, lo reitera la Doctrina y la poca jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sobre la materia, se ha encontrado que únicamente no se está frente a un decreto de carácter general cuya expedición no obedece al ejercicio de facultades administrativas y cuya competencia no es de la Corte Constitucional en muy pocos casos. Los casos a que se hace referencia se encuentran previstos a lo largo de la Constitución,

cuando en virtud de un artículo de la misma se le otorga la facultad al Presidente de la República-entiéndase Gobierno Nacional- de regular una materia sin mediación del legislativo, motivo por el cual se comparte la tesis expuesta por MARIELA VEGA DE HERRERA en cuanto a que únicamente se puede predicar la acción de nulidad por inconstitucionalidad respecto de los Decretos conocidos como “reglamentos constitucionales autónomos”.

Dado lo planteado se considera que la acción de nulidad por inconstitucionalidad tal y como está planteada en nuestro ordenamiento jurídico es una acción que día a día tiende a desaparecer, pues su aplicación y uso por parte de los ciudadanos es escasa debido a que las normas que se pueden acusar-decretos autónomos o reglamentos constitucionales autónomos- son igualmente escasos; por lo cual vale la pena replantear la aplicación de esta acción en los siguientes términos: ¿es pertinente conservar la acción de nulidad por inconstitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano?.

En primer lugar, si se recuerda el intento fallido del legislador por tratar de establecer taxativamente los decretos de que debía conocer el Consejo de Estado por inconstitucionalidad (artículo 49 de la Ley 270 de 1996), desdibujado de nuestro ordenamiento jurídico por la exequibilidad “condicionada” (sentencia C-037/96), podría replantearse la función constitucional en cabeza del Consejo de Estado, en el caso en que se restablezca taxativamente que decretos son de conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, solución que se tenía prevista en la reforma constitucional de 1945.

En segundo término, considerando la poca aplicación que ha tenido desde la expedición de la Constitución de 1991 la acción de nulidad por inconstitucionalidad, podría plantearse entonces la posibilidad de trasladar esa facultad privativa del Consejo de Estado al órgano que por su naturaleza y por la disposición de la Norma Suprema corresponde la guarda e integridad de la supremacía de la Carta Política-entiéndase Corte Constitucional-.

Por último, se puede plantear que el procedimiento previsto para tramitar esta acción se lleve a cabo a través de la acción de nulidad, es decir, que se tramite en las diferentes Secciones del Consejo de Estado y su reparto sea conforme a la materia de que conoce cada

Sección; por lo tanto, cuando se inicie una acción de nulidad en la cual se pretenda establecer la ilegalidad de una actuación administrativa de carácter general, se estudie de igual manera la posible inconstitucionalidad que pueda predicarse del acto, pues si se atiende lo previsto por el artículo 4 de la Constitución, el principio de Supremacía Constitucional irradia todo el ordenamiento jurídico y debe siempre haber una armonía entre las normas inferiores a la Carta Política, por lo cual, toda aplicación y estudio de las normas debe llevarse a cabo siempre teniendo en cuenta su perfecta correspondencia con la Norma Suprema.

Conclusiones

La pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de manera expresa en 1941 con ocasión de la expedición del código contencioso administrativo de la época, tiene como objeto, la protección del principio de supremacía constitucional, según el cual todas las normas contenidas en la Carta Política tienen un grado jerárquico superior dentro del ordenamiento jurídico en virtud del cual las demás normas de menor jerarquía deben conformarse por los lineamientos previstos en el Estatuto Superior.

No obstante de existir una acción encaminada a tan honorable presupuesto, resulta ilógica a todas luces la discusión, presentada de antaño entre las denominadas “Altas Cortes” en cuanto a quien debe ostentar la calidad de órgano encargado para la guarda de la integridad de la Norma Superior, pues el propósito del ordenamiento jurídico no debe estar en hacer este tipo de distingos jerárquicos, sino en brindar a los jueces de la república, quienes realmente están encargados de hacer cumplir las leyes y la Constitución, los instrumentos necesarios para garantizar que el principio consagrado en el Art. 4 constitucional se cumpla, es decir, que la supremacía constitucional no quede meramente expresada en un artículo de la Constitución, sino que por el contrario, sea instrumento de seguridad jurídica para los ciudadanos.

Por último, es imperativo decir que el destino que debe tener la acción de nulidad por inconstitucionalidad debe ser, sin perjuicio de la competencia del Consejo de Estado como máximo Tribunal de lo Contenciosos Administrativo, desaparecer del ordenamiento jurídico,

pues basta con tener un solo órgano a quien se le encomiende la supremacía constitucional en todos los casos; que sea la Corte Constitucional el Tribunal encargado de esta labor para dejar así a un lado la dualidad jurisdiccional en cuanto al control de constitucionalidad respecta.

Bibliografía

GALINDO VÁCHA JUAN CARLOS, *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo*, Colección Dicentibus Auxilia No. 1, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, págs. 457^a 478.

RIVADENEIRA BERMÚDEZ ROSEMBER, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2009, págs. 123 a 125.

VEGA DE HERRERA MARIELA, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Leyer, Bogotá, 2010, págs. 100 a 102.

PALACIO HINCAPIÉ JUAN ÁNGEL, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2006, págs. 35 a 37, 244 a 246.

SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO, *Tratado de Derecho Administrativo* t. III, Fondo de Publicaciones del Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, págs. 47 a 52, 181 a 184.

BETANCUR JARAMILLO CARLOS, *Derecho Procesal Administrativo*, Señal Editora Ltda., Medellín, 2009, págs. 73 a 77.

Constitución Política de Colombia.

Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

Ley 270 de 1996.

Ley 446 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-560 del 4 de agosto de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de julio de 1996, exp. S-612 (3367), C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 18 de enero de 2000, exp. AI-046, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (1886 – 1991)*

Diego Alfredo Zambrano Garrido**

RESUMEN

El presente trabajo realiza un análisis de la excepción de inconstitucionalidad durante la vigencia de la Constitución de 1886, y muestra las dificultades estructurales, doctrinales y prácticas de la misma. Procura, además, evidenciar las diferentes técnicas e intenciones legislativas de maximizar la supremacía constitucional por las sendas del control jurisdiccional, pasando por cada acto reformativo del texto original y exponiendo los asuntos más relevantes que determinaron los cambios normativos del texto. Se sigue un tratamiento jurisprudencial que busca establecer una línea, más o menos, doctrinal sobre el control constitucional por vía de excepción.

Palabras clave:

Constitución. Control Constitucional. Excepción de Inconstitucionalidad. Supremacía de la Constitución.

ABSTRACT

This brief propose to study the *Unconstitutionality* action, during the 1886 constitution. Showing its structural and doctrinal difficulties as the way to apply it. The objective is to show you the different techniques and legislative intentions to maximize

* La presente ponencia es el resultado de una investigación realizada en la línea de Análisis Crítico de las Instituciones del Grupo de Investigación de Derecho Público y Económico CREAR de la Universidad Sergio Arboleda. Esta ponencia fue presentada en el IV encuentro de la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Sociojurídica, Nodo Centro, evento que se llevó a cabo en la ciudad de Tunja los días 12 y 13 de mayo de 2011 debidamente aprobada; Además, la presente ponencia se presentó en la ciudad de Bucaramanga los días 10, 11, 12 de octubre de 2011, en el XI Encuentro Nacional de la Red de grupos y centros de investigación jurídica y sociojurídica.

Este artículo es producto de la investigación académica adelantada dentro de la línea de investigación *Historia Crítica de las Instituciones* del Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

** Alumno de Séptimo Semestre de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Semillero de Investigación del Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR de la misma Universidad.

the constitution supremacy because the legislative control to the laws and the constitution, going thru each reformatory act from the original text (1886 constitution) exhibiting the important most facts that influenced its Regulatory developments. We also did a jurisprudential work that would help us to establish a kind of doctrinal way about the constitution control in the exception action.

SUMARIO

Resumen. – Abstrac. – Introducción.- Metodología.- Sistema Difuso o Excepcional de Inconstitucionalidad. - Control Constitucional por Vía de Excepción: Una mirada retrospectiva a la Constitución de 1886. - Acto Legislativo 3 de 1910. - Acto Legislativo 1 de 1945. - Reforma de 1968. - Reforma de 1979. – Asamblea Constituyente de 1991. – Línea Jurisprudencial.- Conclusiones. – Caso Práctico.

Introducción

La pauta normativa con que se manejó la excepción de inconstitucionalidad fue muy escasa dentro del ordenamiento antes vigente, y aún no existen razones suficientes para explicar eso, pero adaptar una figura de control de constitucionalidad con características propias de un sistema anglosajón deja ver el ánimo de desarrollar desde un siglo atrás una disciplina fuerte y estructural de la supremacía de la Constitución. Sin embargo, lo único seguro que se puede afirmar es que durante el principio de la recepción del mencionado control las opiniones fueron agitadas, encontradas y muchas de ellas protagonistas de debates legislativos, sin embargo, no podemos distinguir líneas políticas defensivas del mismo.

De tal manera el documento indaga por una explicación histórica del control de constitucionalidad excepcional, teniendo como punto de partida la expedición de la Constitución de 1886 y terminando con la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. En este proceso resaltan las importantes reformas que se introdujeron al cuerpo normativo durante su vigencia como todas aquellas circunstancias nacionales de orden sociopolítico que se dieron en la Nación para ese entonces.

Así mismo, el texto pretende muy brevemente enmarcar una línea jurisprudencial básica y relevante sobre el control constitucional desconcentrado (Excepción), pretendiendo evidenciar interpretaciones conceptuales e imprescindibles de este tipo de control a la hora de su aplicación por los operadores jurídicos.

Metodología

El presente texto, sobre excepción de inconstitucionalidad, fue elaborado con el apoyo de técnicas cuantitativas de naturaleza doctrinal y normativa. La aproximación que se hace del tema, reposa sobre el análisis de conceptos, características y elementos estructurales que intervienen en este control judicial. Los planteamientos se desarrollarán son atendiendo a diferentes métodos, de la siguiente manera: El explicativo, que desarrolla y reconstruye circunstancias históricas que influyeron en la evolución normativa del control difuso; El analítico, que abstrae aspectos sustanciales de la excepción por una línea jurisprudencial; Y el argumentativo, que gana su protagonismo en la crítica sobre particulares prácticos y específicos del control constitucional por vía de excepción.

Sistema Difuso o Excepcional de Constitucionalidad

El sistema de control difuso de constitucionalidad es una estructura que, como sabemos, es congénita al sistema parlamentario o de *Common Law*, propio de las técnicas anglosajonas. Su origen, más bien que doctrinal es práctico, es decir, sus inicios están marcados en el ejercicio de la administración de justicia de quienes por su diligencia han logrado oponerse a aplicar una norma contraria a la Constitución. Así las cosas, tal mecanismo de control no comprende una definición absoluta, pues la misma se elabora del ejercicio de los mismos operadores jurídicos:

“Es aquel en el cual son partícipes todos los jueces y no únicamente un órgano ad hoc, que se estructura constitucional y legítimamente para ejercer la función específica de la guarda de la integridad de la Carta Política Fundamental de un Estado Democrático de Derecho”.
Bernal. N (2002) *La Excepción de Inconstitucionalidad y su Aplicación en Colombia*. Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, Pág. 24.

Parece entonces, un control marco y descentralizado que busca finalidades de orden y seguridad jurídica: Por un lado, la supremacía constitucional se convierte en un objetivo común de contraponer la soberanía popular a cualquier situación adversa a la ley, que represente un desconocimiento grosero de derechos, deberes y garantías del pueblo; Y por otro lado, se imputa objetivamente al agente investido de jurisdicción u operador judicial una responsabilidad legítima o trascendental

de defensa jurídica de la Constitución cuando lo considere oportuno y atentatorio contra ella. No obstante, el proclamado método norteamericano de 1803 (*Técnica de Judicial Review*) opta por facultar a personas indeterminadas (judicialmente relevantes) para que apliquen o inapliquen una ley, con el riesgo de caer en anarquías improcedentes, como llegar los jueces a conceptos exorbitantes en asuntos trascendentales. Es un método más inmediato pero menos estructurado.

Esta exposición supone, la particularización de diferentes elementos, que adquieren relevancia a la hora de ejecutar la excepción de inconstitucionalidad. Uno de ellos presupone la existencia de una Constitución rígida que a su vez se ve reputada como norma de normas o texto cúlpe del ordenamiento jurídico, hecho o mandato que conlleva a mantener la coherencia entre todas las normas. De tal manera, para contribuir a la armonía entre la Constitución y la ley, la rigidez de la primera reserva su modificación a métodos distintos de los reformatorios de la segunda. Pero este no es el único elemento necesario para el control por vía excepcional; se requiere también la función activa y oportuna de quien tenga jurisdicción o potestad judicial, es decir, quien interprete la jerarquización de las normas (objeto de la Excepción de Inconstitucionalidad), con resultados concretos que se estructuren como precedentes legales de exequibilidad e inexequibilidad.

Finalmente el protagonismo de este sistema de control judicial está comprometido a lograr de protección de la Constitución Política; La inaplicabilidad de la norma en el caso en concreto que motiva la revisión de la misma, es uno de ellos, pero es a la que mas temor se le tiene por circunstancias penales y disciplinarias del agente, y además tal inaplicabilidad tiene efecto relativo, es decir, inter partes.

Control Constitucional por Vía de Excepción: Una mirada retrospectiva a la Constitución de 1886

Convocada la asamblea de delegatarios con el ánimo ferviente de un cambio de Constitución, las ideas acerca de la excepción y de la acción de inconstitucionalidad eran escasas y quizás un poco descuidadas en el tratamiento constitucional. En principio, el temor de que el proyecto reformatorio fracasara hizo olvidar aspectos sustanciales de lo que se estaba creando, es decir, de la Constitución Política. Así,

esta tarea más adelante sería rechazada e impugnada por las mismas circunstancias sociales, fenómeno que llevó a reformar la Constitución de 1863 de Rionegro por medio de actos legislativos en los cuales encontraríamos por primera vez instrumentos jurídicos para proteger el Texto Fundamental.

Los métodos de control constitucional por fin se positivizaban a lo largo de las reformas; el de la acción se extendió hasta darle vía procedimental, pero el de la excepción se olvidó como en muchas otras Constituciones y se lo dejó expuesto a infinitas interpretaciones o tratamientos arbitrarios. Sin duda alguna, a mi modo de ver es preocupante que no se llegue a regular tal procedimiento y lo se deje al subjetivismo de operadores jurisdiccionales.

De tal manera, con o sin afanes de atender o contraponer ideas políticas divergentes de los partidos políticos, pero con una esperanza inédita de que impere una filosofía regeneradora del Estado, nace una Constitución plétórica de sentimientos sobre unidad nacional y un gran reto de reestructuración institucional.

Así, sobre una República Unitaria se forjan pilares de naturaleza conservadora, para preservación de un Estado de Derecho en función de una democracia representativa, obvio que sin apartarse del móvil político protagonista de elevar controles normativos sobre la carta fundamental por diferentes vías tanto de acción como de excepción de todo acto legislativo o ejecutivo. Dadas estas circunstancias, se deja atrás un fraccionado Estado (territorialmente) y por primera vez, todo ejercicio de exequibilidad e inexecuibilidad sería rapado al Congreso y puesto en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

El anterior proceso constitucional se gestó y se desarrolló, para mayor claridad, sobre un supuesto temporal o transitorio de vigencia de leyes, que entre otras cosas, no preservaba de caer en una plena y vergonzosa inseguridad jurídica. El proceso en mención consistía entonces, en que no habría derogatoria de leyes anteriores a 1886 (es decir, las dictadas a la luz de la Constitución de Rionegro de 1863) y que, aun siendo contrarias a la nueva Constitución, mantendrían su vigencia hasta nueva orden de suspensión.

En principio, el control constitucional propendía por ideas garantistas de transparencia procedimental así como de orden sustancial; ya

no solo iba a importar la objeción simple y lata que hacía el presidente sobre las leyes o el gobernador, sobre las ordenanzas, sino que ahora deberían en su gestión pasar por la Corte Suprema de Justicia para imprimirle o no la constitucionalidad pertinente, al punto de que tal concepto llegaría a ser obligatorio a la luz de la Constitución para quien se le estuviese oponiendo sin razones o motivos suficientes.

Mientras el movimiento reformativo latía con pasiones y opiniones encontradas, un sector pujaba por la supremacía de la Constitución, y otro grupo luchaba por la supremacía de la ley. En todo caso, de cualquier argumento sólo se percibían ánimos de seguridad jurídica y protección normativa. Dadas así las cosas, el debate debía cesar cuando esta pugna jerárquica sanara las opiniones, lo que sucedió efectivamente y se representó en dos momentos trascendentales en el control constitucional: por un lado, con la Ley 57 de 1887 (Art.5) se estableció una aplicación preferente de la Constitución sobre la ley, sin perjuicio de que la ley 153 de 1887 (Art. 6) posteriormente constitucionalizara todas las leyes al grado de presunción; y por otro lado, como segundo momento, deviene el Acto Legislativo 3 de 1910, cuyo objeto reglaría en forma juiciosa el control legal de las normas bajo el supuesto de que primaría siempre la Constitución sobre la ley.

La acción y la excepción fueron el resultado, sin duda alguna, de la puesta en marcha de la Teoría de la Supremacía, y quizás podría considerarse como uno de los antecedentes más importantes hasta nuestros días, en tanto que permiten un control más eficaz de la Constitución por su mismo dinamismo, posibilitando que se lleve a cabo o bien por un tribunal especializado o bien por los jueces de la República. No fue una tarea fácil: el Art. 40 del Acto legislativo No. 3 de 1910, que consagra el control de constitucionalidad, en su redacción produjo simpáticas discusiones gramaticales, pero a cuyo efecto se tomó la del diputado Espinosa: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán las disposiciones constitucionales de preferencia”, sin dejar de recordar que las otras propuestas eran guiadas por los diputados Holguín y Caro.

Acto Legislativo 3 de 1910

La excepción de inconstitucionalidad consagrada en este acto legislativo fue muy criticada en sus comienzos; sus opositores consideraban

dicha figura de excepción como un atentado directo y profundo contra la separación de poderes mientras se otorgaban alcances y prerrogativas especiales al poder judicial. E incluso, Carlos E. Restrepo asumía la excepción como una “anarquía judicial y administrativa, en tanto hasta los agentes de policía quedaban facultados para negarse a cumplir las leyes porque las juzgaban incompatibles con los preceptos constitucionales” (Francisco de Paula, 1918,p. 206) , perspectiva errónea ya que dicho control se convertiría con el tiempo en una alternativa de defensa ciudadana frente a los abusos del legislador, como ejercicio de una democracia participativa y de alcance popular. Además, debe pensarse que tal control no constituye peligro, puesto que la excepción responde a una decisión coherente y competente de cualquier operador jurídico conforme a los valores judiciales de Derecho. No obstante, adviértase que también el debate público y abierto empezaba a ser epicentro de reuniones por parte del poder legislativo, a tal punto que en 1904 Marceliano Vélez esclarece ante el Congreso:

“No veo peligro alguno en que un juez desconozca una ley cuando sea contraria a la Constitución, porque si la desconoce es bajo su responsabilidad, y él sabe perfectamente bien que si la declara inconstitucional sin serlo, es responsable y la pena es la salvaguardia de la legalidad” (Citado por Juan Manuel Charry Ureña, Tomado de Francisco de Paula, *Estudios Constitucionales*. Medellín, Ed. Imprenta Nacional, pág. 2008 y 2009)

Así mismo, no hay gran desarrollo de la acción pública de inconstitucionalidad hasta el Acto Legislativo 3 de 1910; sin embargo, como nos ocupa la excepción de inconstitucionalidad, vale decir que esta vía en la Constitución de 1886 se desarrolló conforme a la interpretación amplia del Artículo 21 que dispone: “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 ejecutó”. Conforme a lo anteriormente expuesto, se reconoce una supremacía constitucional por vía excepcional, pues de no aplicarse esta óptica, el agente que lo ejecutara o produjera, respondería por el perjuicio ocasionado.

Ya pasados 14 años de Vigencia de la expedición de la Constitución y venida una nueva reforma en 1910, que abogó por un cambio de

racionalización de poder, se crea formalmente un Control de Constitucionalidad de mayor espectro funcional y protector respecto de la Constitución. Se otorgó por vez primera a los ciudadanos una acción (Art 40 del A. L. 3 de 1910) para control de las normas, pero a su vez, se incorporó un sistema más o menos formal, de excepción de inconstitucionalidad por inaplicabilidad de la ley por parte de quienes están investidos de jurisdicción, cuando tal contrarie a la Constitución. Así pues, se debilita la soberanía parlamentaria y se da paso a un sistema de control judicial.

Con ese fin, el Acto Legislativo 3 de 1910 resultó próspero para la acción y muy someramente para la excepción, pues para esta última existió y existe una zozobra de aplicabilidad práctica, pues la misma infunde el miedo del prevaricato y la falta de certeza jurídica.

Acto Legislativo 1 de 1945

Ocurrida otra transformación constitucional en 1945 por el Acto Legislativo 1, se lograba una independencia y autonomía de la jurisdicción constitucional, pues como es de saber la reforma esta vez condujo a que el Consejo de Estado lograra un Control de constitucionalidad respecto de los decretos dictados por el gobierno, salvo los casos previstos en los Numerales 11 y 12 del Art. 69 y 117 de la Constitución. Tal proyecto entonces, encontró en la excepción una misma presentación o línea jurídica, lo que en efecto se puede constatar en el Art. 148 del acto legislativo: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicará” de preferencia la disposiciones constitucionales.

Reforma de 1968

Ahora bien, las anteriores reformas no fueron las únicas. Posterior a ellas, se presentó la reforma a la Constitución de 1968, donde se conciliaron importantes proposiciones de cambios funcionales en el conocimiento del control constitucional como sistema concentrado, pues los esfuerzos del Dr. Carlos Restrepo Piedrahita estaban dirigidos a la creación de la Corte Constitucional, pero los mismos solo alcanzaron a la creación de una sala especializada de Derecho Constitucional para conocer y resguardar la supremacía constitucional. Su mayor opositor, el Dr. Hernán Toro Agudelo, defendía la idea contraria, pues a su parecer, el control difuso estaba consolidado y a

pesar de las contingencias que se podrían pensar era más próximo a los ciudadanos, así que la creación de un tribunal Ad Hoc era inútil e incomprensible por la concentración misma de poder que se podría generar.

Reforma de 1979

En el gobierno de Alfonso López Michelsen, y la reforma constitucional que se pretendía para el control constitucional estuvo en manos: de la comisión compuesta por tres (3) liberales y tres (3) conservadores, conocida como la “Comisión Echandia”. El anteproyecto por la comisión suscito la siguiente opinión acerca de la Excepción de Inconstitucionalidad: “Un tal sistema difuso forzosamente produce el efecto nocivo de fallos jurisprudenciales erráticos, causales y contradictorias, precisamente acerca del primer orden jerárquico de las normas jurídicas, y la Constitución” (Bernal, N. 2002, p. 108).

Vale advertir que tal reforma dejó plasmados dos antecedentes que posteriormente se verían reflejados e incluso plasmados en la Constitución. Ciertamente se introduce entonces en la reforma lo siguiente un control por parte de la Corte Suprema de Justicia de los decretos legislativos dictados en estados de excepción por el ejecutivo y la revisión por el mismo órgano de las acciones impetradas contra los actos reformativos de la Constitución.

Asamblea Constituyente de 1991

Declarada la exequibilidad de dos decretos legislativos dictados en estado de sitio que motivaban la convocatoria de la asamblea, se la con el animo de lograr un giro total en la historia de Colombia. Esta Asamblea Nacional producto de fallidas reformas, refiere entre muchos temas la prontitud y destreza jurídica del Control Constitucional de las normas en virtud de la nueva Constitución, que pretendía de antemano, la instauración de elementos de control que evitaran concentración y abrieran la vía también a excepción.

La labor no era nada fácil, y el reto reformativo se asumió con el precedente de dos proyectos reformativos de la Constitución de 1886. Uno patrocinado, por el entonces Presidente Virgilio Barco Vargas, proponía eliminar el control de constitucionalidad difuso o

por excepción, mientras para muchos era inestable e inseguro jurídicamente, además de atentar contra el principio de igualdad de todos ante la ley. En el proyecto se entendía que el control debía ser concentrado en un solo órgano: la Corte Constitucional. Y otro, por el Presidente César Gaviria Trujillo, quien propuso respecto de la excepción de inconstitucionalidad, lo siguiente: el operador jurídico puede inaplicar una ley contraria a la Constitución, cuando sólo exista duda o inquietud respecto de la exequibilidad de la misma, de tal manera que frente a esta situación se le recomienda a quien en ese momento administra justicia, que formule tal interrogante a un por un órgano especializado y competente que resuelva la cuestión de inconstitucionalidad sin que haya suspensión en el proceso o caso en concreto.

Con respecto a estos antecedentes, la postura de la Constituyente acerca del Control de Constitucionalidad fue la siguiente: Nuestro sistema jurídico responde claramente a una estructura mixta, por cuanto se adoptan dos modalidades de control, una de orden concentrado y otra de rasgos difusos. Doctrinalmente, en su funcionamiento, se la considera: Principal y Accesorio, pero coinciden en que en la práctica son abstractas y concretas. Una se convierte en principal en tanto la misma legislación les ha elevado procedimientos específicos y detallados para lograr plena procedencia ante la Corte Constitucional, mientras que la difusa se convierte en accesorio porque no existen aún determinadas reglas de operancia.

Línea Jurisprudencial (1886 -1991)

Grosso modo, a continuación me permitiré realizar un breve pero importante análisis de los precedentes judiciales en que la excepción ha operado como control constitucional. De él se podrán rescatar algunos aspectos teóricos, que enumerados no se encuentran en la ley pero cuya riqueza jurídica ha de notarse al momento de hablar de la vía exceptiva de control judicial.

Al comienzo hay que delimitar las circunstancias sociopolíticas que no permitieron la generación de jurisprudencia trascendental, lo que conllevó a maximizar hechos tales como la terminación de la Guerra de los Mil días (1899 – 1902), la separación de Panamá en 1903, y la decadencia de la República de Colombia en la nociva dictadura

del General Reyes. Con ella claramente se deduce el sometimiento de los poderes y la nula libertad con que actuaban. Todo se concentraba en el principio de supremacía parlamentaria que, por supuesto, afectaba la legitimidad de la Constitución.

En ese entonces, la racionalización del poder era más que una necesidad, las instituciones como la ciudadanía requerían garantías de justicia y participación para el fortalecimiento de la democracia. Es decir, en cuanto se refería a la excepción de inconstitucionalidad como medio y vigilancia eficaz de las normas para moldear la seguridad jurídica y participación normativa, era indispensable que se fueran reformando caminos para lograr un control jurídico de las leyes más acorde con las libertades y las penurias sociales y políticas.

Lo definitivo para la elaboración de esta línea jurisprudencial es aclarar de ante - mano, que la jurisprudencia consultada simplemente hace un tratamiento de la excepción de forma doctrinal.

Así, una primera controversia judicial se desenvuelve en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 4 de agosto de 1913, magistrado ponente, doctor Augusto N. Samper, en la cual se examinó ciertas objeciones presidenciales del entonces Presidente Carlos E. Restrepo. Dichas objeciones se apoyan en que el proyecto de ley basado en la Ley 18 de 1890, que regulaba auxilios al municipio de Chiriguaná, era inconstitucional y que por tanto debía INAPLICARSE, en virtud de que quebrantaba la Constitución Política. Dicha sentencia fue motivada y sustentada bajo un encuadramiento jurisprudencial del 3 de noviembre de 1911 donde la Corte considera, entre otras cosas, la exclusión de cualquier norma o ley que sea discordante con la Carta Fundamental.

Los procesos sobre este particular no fueron acelerados ni frecuentes en el tiempo, pues la excepción casi que es residual de aplicación para un juez. Pero ¿cuándo un juez debía considerar incompatibles dos normas? Este interrogante que se planteaba, por supuesto, debía atender a un test derivado de criterios de razonabilidad y ponderación de normas que contraríen y afecten un orden legal.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia logra para 1958 unos requisitos de incompatibilidad normativa que permiten ponderar la aplicación de una norma sobre otra, sobre el particular la Corporación

contempla 3 presupuestos: “Identidad de Materia, identidad de sujetos y una relación de interdependencia normativa”. De esta manera, por primera vez la jurisprudencia logra crear una línea de procedibilidad de la incompatibilidad de dos normas, en la cual operaría la excepción de inconstitucionalidad, claro está que esta exigencia de incompatibilidad, a su vez no obtiene plena coincidencia u operancia cuando:

“Las materias a que ellas se refieren son sustancial y formalmente distintas, o si los sujetos son diversos, no hay identidad de contenido en las normas, ni, por lo mismo, incompatibilidad alguna, pues ambas pueden subsistir y aplicarse independientemente la una de la otra.” (Sentencia de 18 de agosto de 1958).

Dentro de esta labor fueron muchos temas los que se refirieron al control por vía de excepción, pero la jurisprudencia que se creó durante la vida de la Constitución de 1886, en el intento de ser completa, no solamente se ocupó de determinar la incompatibilidad de dos normas formal y materialmente contrarias, sino que también extendió su análisis al conflicto de las mismas en el tiempo por vía de excepción de inconstitucionalidad.

En la sentencia del 9 de abril de 1970 de la Corte suprema de Justicia (Magistrado Ponente: Dr. Hernán Toro Agudelo) se dio a la tarea de determinar los siguientes alcances: Señor juez, aplique la Constitución Política cuando en un caso en concreto dos normas, una preexistente y una posterior se contrapongan, como respuesta a la primacía de la voluntad del constituyente y apártese de la voluntad del legislador, pues la tarea productiva del legislador o de armonía de las mismas que se les ha encomendado ha quedado en entredicho y por lo tanto dicha contravía jurídica déjesela a un órgano para que resuelva sobre la inconstitucionalidad. Y a ello, la corporación manifiesta:

“El control por vía de excepción se vuelve general tanto para las leyes anteriores como posteriores a la constitución a partir de la reforma de 1910 y autoriza su operancia en los casos en que no exista anterior pronunciamiento de la Corte sobre la Constitucionalidad de una ley, en virtud de la acción de inconstitucionalidad como vía principal”.

Entre tanto, el tratamiento interpretativo de la excepción de inconstitucionalidad no es algo a lo que yo adhiera por completo, pues de manera radical puedo afirmar que comenzar a dar alcances del mismo control, sin ni siquiera sentar como precedente, un concepto

o las mismas características, involucra entonces, procesos adversos y contrarios a la lógica de abordar tal noción de supremacía constitucional por vías de control, es decir, tal pronunciamiento posterior a los preliminares debió ser el primero. Es claro que no se puede dejar de lado que la ocupación hermenéutica se explota sobrevenidos indeterminados procesos judiciales, lo que no puede obviar y discriminar el trabajo de tan honorable Corte.

Así la corporación (Corte Suprema de justicia), en Sala Plena, con Ponencia del Magistrado Dr. Fernando Uribe Restrepo del 3 de noviembre de 1982, definió la excepción de inconstitucionalidad como: “Fenómeno en virtud del cual el juzgador tiene la capacidad jurídica para dejar de aplicar en el caso en concreto una norma legal cuando considere que es violatoria a la Constitución y ella no ha sido aún declara de inexecutable por la autoridad competente”. Y de la misma manera, en sentencia de 16 de febrero de 1982, con Ponencia del Dr. Roberto Suárez Franco, se establecen por senda interpretativa las características del control a la Constitución por excepción:

“La facultad del ejercicio de este tipo de control de constitucionalidad corresponde de manera exclusiva a las autoridades encargadas de aplicar la ley siendo estas de la rama judicial y excepcionalmente las de orden administrativo investidas de jurisdicción. En este orden de ideas se exige también como característica de la vía exceptiva la incompatibilidad entre una ley y la Constitución y la afectación de un derecho particular o subjetivo jurídicamente protegido por el precepto constitucional que se considera violado con ocasión de dicha incompatibilidad”.

Caso Práctico

En la práctica, como bien se demuestra, el desarrollo de la excepción de inconstitucionalidad no logró ni ha logrado posicionarse como un control seguro y próximo a los operadores judiciales. ¿Razones? Muchos se han dedicado a opinar, pero quizás dentro de las muchas opiniones, creo que la más común se expresa en asegurar que no existen precauciones dinámicas de aplicabilidad por vía normativa de la excepción. Ello, entonces, ha generado grandiosa ventaja para el control concentrado por un órgano *ad hoc*.

Así agotado un tratamiento histórico y normativo acerca de la excepción de inconstitucionalidad, creo que es más que pertinente,

exponer un modelo práctico que reúna los lineamientos más o menos trazados de este control, para así empezar a estructurar un control a la Constitución por muchos considerado inepto e inseguro. Para el modelo o caso práctico, que podrá ser utilizado para la Constitución de 1886 o bien la de 1991, utilizaré cuatro (4) variables indispensables y necesarias para lograr un mejor entendimiento: **Hipótesis, Pretensiones, Normas Aplicables y Consideración Judicial:**

Hipótesis.- Juan labora en una empresa llamada “Transportes Caimán” prestando un servicio de técnico mecánico y devenga un salario de \$ 1.500.000. Juan trabaja desde hace 8 años y su vínculo con la compañía está precedido de un contrato laboral.

Al contrario, Pedro quien trabaja con la misma compañía también como técnico mecánico y desde hace 8 años, devenga un salario de \$ 800.000 pero su vínculo laboral está formalizado por un contrato de prestación de servicios.

Pretensión.- Pedro, quien considera estar en las mismas condiciones de trabajo de Juan, demanda ante un juez laboral a la compañía “Transportes Caimán” aduciendo que: No entiende por qué se le da un trato salarial desigual respecto de Juan, cuando dentro de la compañía realizan las mismas labores o tareas. Argumenta que si bien es cierto que tienen contratos de diferente naturaleza, ello no es un criterio razonable para devengar salarios distintos, y por lo tanto alega que se le está dando un trato desigual frente a otros trabajadores.

Normas Aplicables al Caso en Concreto (Normas Hipotéticas)

Norma Constitucional: *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación.*

Norma Laboral: *Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato laboral de trabajo. No obstante, quien preste sus servicios laborales en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, pierde derecho a devengar un salario equivalente, al que se percibiera por la misma actividad pero precedido de un contrato laboral.*

Así las cosas, Pedro advierte en su demanda que la citada norma laboral contraría la Constitución de manera abierta y grosera. Que

por lo tanto, el juez de conocimiento debe inaplicar la norma laboral y hacer primar la constitucional. (Hay una solicitud formal de una parte del proceso que opere la excepción de inconstitucionalidad).

Consideración Judicial

Sin duda alguna, el juez competente para la presente controversia judicial está de antemano frente a una norma laboral de aplicación obligatoria, pero por solicitud de parte y por su conocimiento jurídico este administrador de justicia sabe que la disposición laboral contraría la constitucional y que esta última debe primar. Así las cosas, el operador jurídico en este caso en concreto, debe valerse de la excepción de inconstitucionalidad como herramienta que lo faculta para inaplicar la norma que altera el orden constitucional y por consiguiente someterla a revisión.

Ante dicha situación y ante la falta de reglamentación normativa, el juez debería dejar en efecto suspensivo el proceso y oficiar un Control Jurisdiccional de Constitucionalidad por Vía de Excepción a un órgano especializado y que éste resuelva sobre la constitucionalidad puesta en conocimiento. Sin embargo la práctica judicial nos demuestra que el proceder en estos casos, se materializa en aplicar la norma aun contraria la Constitución sin perjuicio de la inseguridad jurídica que de ella se predique, mostrando entonces un papel pasivo del Juez.

Conclusiones

1. A pesar de los esfuerzos de la Constitución de 1886 por forjar un catálogo rígido y próximo a la soberanía del pueblo, descuidó en sus inicios el control supremo de la Carta Fundamental. Tuvo entonces que acudir a reformas posteriores de la misma para adoptar medidas e instrumentos necesarios para blindar toda norma constitucional y lograr posicionar en la conciencia de los administrados la idea de un cuerpo supremo que se debía respetar. No fue una reforma, sino varias, que ayudaron a consolidar los controles a la Constitución, bien por vía de acción como de excepción pero que en últimas representaban el protagonismo del desarrollo de la Teoría de Supremacía, pasando históricamente, por diferentes formas de gobierno, que dadas ciertas circunstancias ayudaban o no a la misma obra.

2. Si bien es cierto que ambas vías de control se desarrollaron es indiscutible que la Acción se erigió un papel principal y por supuesto

indispensable en el control constitucional concentrado. A *contrario sensu*, la excepción fue sumisa, y más bien blanco de diversas críticas: creo yo que por ese sentimiento de desconfianza imperante por muchos años ha imperado sobre el operador jurídico y el sistema judicial.

3. En conclusión, la excepción en materia jurisprudencial no logró un cometido amplio y suficiente para agotar el tema. Los escasos pronunciamientos pueden atender a diferentes factores, quizás por la mera armonía entre normas producto de tareas legislativas o bien por la actitud pasiva de los jueces. Sin embargo, no descarto la idea de que la insuficiencia jurisprudencial sea también producto de la misma falta de celeridad en la rama judicial, lo que ha llevado entonces a que la línea elaborada sea desordenada.

4. A mi manera de ver, este control constitucional por vía de excepción debió y debería operar como un control jurisdiccional de constitucionalidad por vía de excepción. Donde el juez a petición de las partes o por su diligencia judicial, ante dos normas contradictorias, debería remitir a un órgano ad hoc para que se pronuncie sobre el particular en efecto suspensivo respecto del proceso.

Referencias Bibliográficas

- Bernal, N. (2002) *La excepción de Inconstitucionalidad y su Aplicación en Colombia*. Medellín: Gustavo Ibáñez Ed.
- Becerra, G. (1986) *Análisis Constitucional Colombiano*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia.
- Charry, J. (1994) *La excepción de inconstitucionalidad*. Bogotá: Ed. Jurídicas Radar.
- Dueñas, O. (1996) *Procedimiento en la Tutela y Control Constitucional*. Bogotá; Ediciones Librería Profesional.
- Dueñas, O. (1997) *Control Constitucional*. Bogotá; Ediciones Librería Profesional.
- Hernández, J. (2001) *Poder y Constitución, El Actual Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá, Ed. Temis.
- Naranjo, V. (2003) *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rodríguez, E (1994) *Dinámica del Control de Constitucionalidad en Colombia 1811- 1991*. Bogotá, Ed. Doctrina y Ley.

Vila, I. (2007) *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Bogotá: Legis.

Younes, D. (2005) *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Gustavo Ibáñez Ed.

Revista de Derecho Universidad del Norte (2001), *Comentarios a la Excepción de Inconstitucionalidad y la Excepción de Ilegalidad en Colombia*. Barranquilla.: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/16-1/8_Comentarios_a_la_excepcion_de_inconstitucionalidad.pdf

