

O TRAS DISFUNCIONALIDADES DEL SISTEMA MIXTO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Sandra Morelli

51

CIVILIZAR

En un artículo publicado por la *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*¹ en la sección Polémica actual y con el nombre: “Breves apuntes sobre jurisdicción constitucional en Colombia”, hube de hacer algunas reflexiones sobre el carácter mixto de nuestro sistema de control de constitucionalidad en el que subsisten elementos de control de constitucionalidad difuso a pesar de la creación de una Corte Constitucional a la luz de las experiencias austríaca, alemana, italiana y española que suponen la vigencia de un régimen concentrado en este ámbito.

El carácter difuso y desconcentrado de nuestro sistema de control de la supremacía de la Constitución se plantea no sólo, a partir de una interpretación extensiva del artículo 4 constitucional que establece la prevalencia de la Constitución sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico², sino además como consecuencia del reconocimiento al Consejo de Estado de una competencia residual en materia de control de constitucionalidad, así como de la competencia radicada en cabeza de cualquier juez de la República para ejercer control de constitucionalidad en concreto cuando decide acciones de tutela.

En cuanto a los elementos propios del sistema del control de constitucionalidad concentrado, en nuestro orden jurídico identificamos con relación a las decisiones de constitucionalidad de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que éstas hacen tránsito a cosa juzgada y por tanto revisten efectos *erga omnes* al menos en su parte resolutive, aunque al respecto conviene desde ya precisar que el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia precisa que:

“Alcance de las sentencias en ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

“Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con ocasión del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio

¹ Número 312.

² “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación del derecho en general.

“...”.

Razonando más allá de dogmas y modelos rígidos, no cabe la menor duda que los instrumentos propios del control difuso de constitucionalidad, introducen dosis importantes de incertidumbre jurídica, e incluso, de desigualdad ante la ley. El punto se planteó en el artículo citado así:

“3.1. LA INCERTIDUMBRE DEL DERECHO Y LA INSEGURIDAD JURÍDICA

“Concentración de la jurisdicción constitucional; eliminación de la excepción de inconstitucionalidad como técnica de control de constitucionalidad difuso para darle la dimensión de mero principio de interpretación. La cuestión de inconstitucionalidad. La exclusión de la Corte Suprema y del Consejo de Estado del conocimiento de la acción de tutela.

“Uno de los mayores problemas que enfrenta en la actualidad el país en el ámbito jurídico e institucional, es la incertidumbre y la inseguridad del derecho, especialmente en los asuntos que conciernen la jurisdicción constitucional, tanto con ocasión del control de constitucionalidad en concreto, como en ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto.

“Esta situación encuentra explicación en muchos factores que merecen ser abordados por separado.

“3.1.1. LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

“Hemos ya indicado cómo al tenor del artículo 4 (artículo 215 durante la vigencia de la Constitución de 1886), cualquier juez puede no aplicar una ley por considerarla contraria a la Constitución; a esta figura se le conoce con el nombre de excepción por tratarse, supuestamente de una forma difusa de control de supremacía de la Constitución. Se trata de una institución poco utilizada por nuestros jueces, pero de lo contrario podría transformarse en la mayor fuente de inseguridad jurídica y de violación del principio de igualdad, pues es necesario tener presente que la decisión de un juez de no aplicar una ley al caso concreto, tiene efectos sólo *inter partes*. Paralelamente, en otro caso con supuestos fácticos idénticos, otro juez puede (optar por) aplicarla (en la medida que en abstracto la norma sigue gozando de la presunción de constitucionalidad).

“Al tenor del elemental principio lógico, que no ontológico, de la no contradicción, no deja de generar no pocas perplejidades en un ordenamiento jurídico que

se pretende coherente y unitario, la admisión, teórica y práctica, de que un precepto pueda, en tanto que no sea objeto de aplicación, ser constitucional; y ese mismo precepto, al momento de ser aplicado, resulte contradictorio con el mismo texto constitucional, (pero sólo para algunos jueces y en algunos casos concretos).

“Esto no quiere decir que contradicciones y antinomias no puedan presentarse en el texto normativo (y en el ordenamiento jurídico en general); lo que sucede es que el mismo sistema jurídico o bien prevé la definitiva exclusión de las normas que están en contradicción con el texto normativo superior, o bien, dispone de técnica y principios de interpretación que permiten superar la aparente incompatibilidad.

“A este respecto el constitucionalista español, JORGE RODRÍGUEZ ZAPATA, en su libro *Teoría y práctica del derecho constitucional* se refiere a las antinomias del ordenamiento y a las formas de resolverlas así: ‘La presencia de una pluralidad de normas procedentes de fuentes distintas y en constante modificación implica la posibilidad de antinomias, o contradicciones entre ellas. Tales contradicciones son contrarias al postulado esencial de unidad del ordenamiento jurídico y a la misma esencia de éste como un orden lógico. Se debe concluir, por tanto, que las antinomias existen, pero están prohibidas, estableciéndose la nulidad de la norma irregular como consecuencia de la antinomia’ (CRISAFULLI, 1984, II, págs. 179 y sigs.)

“El intérprete y el juez deben servirse de diversos criterios para eliminar las antinomias o contradicciones: son éstos el criterio cronológico, el criterio de jerarquía y el criterio de competencia... La resolución de las antinomias se convierte en un problema de interpretación del derecho y, en último extremo, de aplicación jurisdiccional de éste”. (Y los métodos previstos para superarlas tienden a una definición del derecho aplicable para garantizar la seguridad jurídica y excluir la discrecionalidad suma del intérprete).

“Ahora bien, el mismo autor en tratándose de eventual contradicción entre norma y Constitución, admite que allí hay lugar a un tratamiento especial que sustrae al juez ordinario de dicho conflicto:

“Ocurre que cuando la antinomia se produce entre el nivel de la Ley y el de la Constitución, su resolución no corresponde al juez ordinario ..., por lo que será necesario elevar a resolución del conflicto al Tribunal Constitucional’ (CRISAFULLI, I, 1984, pág. 180). (Se refiere a la solución prevista en otros países y concretamente en España).

“El tratamiento diferenciado que el autor citado reserva a la contradicción entre norma constitucional y demás normas del ordenamiento jurídico pone en evidencia que aquella ficción en virtud de la cual una norma puede ser a la vez constitucional o no, dependiendo de su aplicación, (esto es, dependiendo de que el juez del caso concreto decida su no aplicación por supuesta incompatibilidad con la

norma superior, sin que con ella se vea afectada la presunción general de constitucionalidad de tal manera que los demás jueces en otros procesos puedan decidir si la aplican o no con una discrecionalidad que recuerde para decirlo con sorna, la libertad con que selecciona las distintas opciones que ofrece un buen menú de un restaurante), atentaría contra el principio de unidad del ordenamiento jurídico”.

En el mismo artículo se explica:

“Algo distinto se presenta en los Estados Unidos de América, donde precisamente por tratarse de un régimen de *common law*, el precedente jurisprudencial unifica el orden jurídico en virtud de su carácter obligatorio. De esta manera se evitan las consecuencias perversas de la excepción tal y cual como se presentan en nuestro régimen.

“En este sentido los efectos de las decisiones jurisprudenciales del sistema estadounidense son equiparables a los efectos de las decisiones de los altos tribunales constitucionales en el sistema concentrado de control de constitucionalidad. En uno y otro caso los efectos son *erga omnes* aunque en el primer supuesto, la sentencia se pronuncie con ocasión de una *litis* en concreto.

“De las anteriores consideraciones se impone concluir que, la tradición jurídica tanto continental como anglosajona no admiten ni practican un sistema de control de constitucionalidad totalmente difuso; esto porque incluso cuando el juicio de inconstitucionalidad se hace con ocasión de un caso concreto, y de éste deriva la contradicción entre norma y Constitución, tal decisión jurisprudencial implicará la no aplicación de esa norma para ninguna otra situación fáctica idéntica.

“Todo lo anterior contribuye a fortalecer la tesis de que una norma no puede ser al mismo tiempo acorde con la Constitución en abstracto y disonante en un caso concreto (o sólo algunos de éstos), con la misma, e incluso, contribuye a poner en tela de juicio la clásica *summa divitio* doctrinal entre sistemas de control de constitucionalidad concentrados y difusos, o al menos a cuestionar la ubicación del régimen estadounidense dentro del método difuso”.

Como consecuencia de lo plasmado en el artículo 4 constitucional y en el decreto 3591 de 1991 en términos de facultad del juez de tutela de abstenerse de aplicar una norma cuando de ésta derive la vulneración de un derecho constitucional fundamental, la Corte Constitucional ha procedido a servirse en varias ocasiones de la figura de la excepción de inconstitucionalidad tal como se reporta en el artículo que se viene recordando, aunque conviene destacar que siempre han tratado de fijar unos límites y condiciones restrictivas a la procedencia de dicha institución. Retornemos al artículo:

“Por su parte, la Corte Constitucional en los pocos fallos de tutela en los que se ha dado curso a la excepción de inconstitucionalidad, tiende a considerar que el fundamento de ésta última reside en la inconstitucionalidad de la norma que no se aplica. Esta tesis se ha sostenido incluso en los casos en que la Corporación ha sostenido la derogatoria tácita de una norma; para estos efectos la derogatoria tácita se configura precisamente en virtud de la inconstitucionalidad de la norma que se presume derogada.

“Conviene a este respecto transcribir la sentencia T 123 de 1996 donde el ponente, el Honorable magistrado ANTONIO BARRERA CARBONEL recogió la posición prevalente y reiterada de la Corte así: ‘La Constitución es norma de normas y en todo caso de incompatibilidad de la Constitución y ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’ (art. 4). De este modo, por ser la Constitución el elemento determinante de la validez del ordenamiento jurídico derivado, se consagra la supremacía normativa del estatuto superior frente a las normas de rango inferior al disponerse la aplicación prevalente de aquél, cuando las disposiciones de éstas lo contradigan’.

“No obstante lo anterior, la excepción de inconstitucionalidad a que alude la norma en referencia sólo tiene operancia como lo ha sostenido la Corte cuando se advierta una manifiesta u ostensible incompatibilidad entre una norma jurídica y la Constitución; así lo demanda no solamente una concepción de la estabilidad de las normas infraconstitucionales, sino la seguridad jurídica, más aun cuando dicha excepción la pueda hacer efectiva cualquier autoridad judicial o administrativa que aplique el derecho.

“Sobre el punto dijo la Corte Constitucional³:

“Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede liberada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionamiento a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Ésta desde luego es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resulten incompatibles.

“Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

³ Sentencia T 614 de 1992, magistrado ponente JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

“El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* define incompatibilidad en términos generales como “repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí”. (*sic*).

“En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquélla y éste no pueden regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe”.

“En el fallo transcrito, con base en una elemental interpretación gramatical y semántica, se equipara incompatibilidad con inconstitucionalidad, para llegar a la conclusión que la excepción de inconstitucionalidad procede precisamente porque la norma inaplicada es contraria a la Constitución.

“Sin embargo, la misma Corte ha proferido fallos que excluyen el juicio de inconstitucionalidad respecto de la norma que no ha de tener aplicación en virtud de la excepción consagrada en el artículo 4 de la Constitución Política.

“Así en la sentencia T-150 de 1996 el doctor VLADIMIRO NARANJO sostuvo que: ‘No pretende esta Sala de Revisión entrar a hacer un examen de constitucionalidad de los artículos 12 de la Ley 60 de 1981 y 1º de la Ley 13 de 1989, porque en el presente caso no ha sido demandada su inexecutable y además, porque no es la acción de tutela el medio idóneo para ello. Pero teniendo en cuenta que lo que persigue el actor es que se protejan sus derechos personales y subjetivos al trabajo y a ejercer la profesión que escogió libremente, la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución (art. 241 de la C.P.) y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Política, según el cual la Constitución es norma de normas y en todo caso la incompatibilidad entre ésta y una ley u otra norma jurídica, “se aplicarán las disposiciones constitucionales”, procederán a inaplicar los artículos...”’.

Se evidencia además otro problema de la excepción de la inconstitucionalidad radicada dentro de la esfera de competencias de la Corte: un límite sustancial del juez constitucional cuando ejerce control de constitucionalidad en abstracto es la imposibilidad, salvo en caso taxativamente previstos por el constituyente y como consecuencia de la omisión de remisión de otras autoridades a esta Corporación de determinadas leyes o decretos, de aprehender de oficio el control de constitucionalidad de normas que no han sido demandadas por un ciudadano o sometidas a su conocimiento por un órgano facultado para ello como sucede por ejemplo en Italia, donde no existe acción pública de inconstitucionalidad. Pues

bien por la vía de la excepción este control al máximo tribunal constitucional se puede ver desdibujado con las consecuencias que en otros textos he indicado⁴.

Así pues los problemas que plantea esta institución no son pocos. De ahí que hube de describir esta tesis en el texto que se viene reportando:

“En realidad de verdad, y la tesis que me voy a permitir exponer no deja de ser audaz, lo que ha sucedido en nuestro país, tal vez en virtud de la influencia de experiencias foráneas no siempre acogidas en su correcta dimensión o adaptadas a nuestras especificidades como corresponde, es un sobredimensionamiento del proceso normativo contenido en el artículo 215 de la Constitución de 1886, sobredimensionamiento histórico que en aras de preservación de nuestra tradición jurídica se perpetúa hasta hoy, no obstante la promulgación de una nueva Constitución.

Verdadera vocación de nuestro orden jurídico en materia de control constitucional e interpretación funcional del artículo 4 constitucional

“El escaso uso que en estos casi cien años se ha hecho de la excepción de inconstitucionalidad, con la paralela existencia de la acción pública de inconstitucionalidad, su carácter popular, la existencia de la Corte Suprema de Justicia antes, y ahora de la Corte Constitucional como organismos responsables de velar por la supremacía efectiva de la Constitución conjuntamente con el Consejo de Estado, el efecto *erga omnes* y de cosa juzgada constitucional de sus decisiones, permitirían afirmar que el sistema de control de constitucionalidad en Colombia pretendía ser eminentemente concentrado y en efecto esta concepción es la que ha prevalecido en la práctica.

“En este marco constitucional, entender la “prevalencia” de la Constitución pregonada antes, durante la vigencia de la Constitución de 1886 en el artículo 215, y ahora, en el 4, como la posibilidad de hacer un juicio de inconstitucionalidad respecto de una norma con la única finalidad que ésta no sea aplicada en un proceso, sin perjuicio de que ésta siga siendo válida, constituye una interpretación que parece exceder la letra constitucional. Y no sólo, además, resulta disfuncional para un régimen jurídico que se pretende unificado y coherente.

“Al tenor de lo antes expuesto, se podría entender que el artículo 4 constitucional, en aras de preservar la igualdad jurídica y la certeza del derecho, es, no un instrumento de control de constitucionalidad sino que se trata tan sólo de un principio de interpretación de nuestro orden jurídico.

⁴ “¿La Corte Constitucional, un legislador complementario? Universidad Externado de Colombia, 1997; “La Corte Constitucional: un papel institucional por definir”, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001.

“En la Ley 157 de 1887 se encuentra el siguiente precepto: ‘Cuando haya incompatibilidad (*sic*) entre disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla’.

“Del texto normativo transcrito en ningún momento resulta el carácter inconstitucional del precepto. Lo que allí se consagra es un criterio de interpretación con la única finalidad de preservar la supremacía del texto constitucional.

“Refrenda esta tesis otra disposición de la norma citada: ‘Si en los códigos que se adoptaran se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

“1. La disposición relativa a un asunto especial preferirá a la que tenga carácter general.

“2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallaren en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos preferirá, por razón de éstos en el orden siguiente: civil, de comercio, penal, judicial, administrativo, fiscal, de elección, militar, de policía, de fomento, de minas, de beneficencia y de instrucción política’.

“Se trata en todos y cada uno de los casos, de incompatibilidades entre normas, sin que en ninguno de los supuestos citado, sea admisible un juicio de inconstitucionalidad o ilegalidad de algunas de ellas. Lo que se pretende es indicarle al operador jurídico criterios para superar el aparente conflicto entre normas. En otros términos, se trata de criterios de interpretación.

“Por esto, al parecer lo que debía ser un elemental y lógico criterio de interpretación acorde con una concepción kelseniana del ordenamiento jurídico, respetuosa de la supremacía de la Constitución tal y como lo hacía explícito el artículo 215 de la Constitución anterior, se transformó en un juicio de inconstitucionalidad en concreto y con efectos *inter partes*, no obstante las inconsistencias y fracturas que un dispositivo de este tipo puede generar en un sistema donde la jurisprudencia no constituye precedente.

“La incompatibilidad como ya se ha podido establecer surge, al interior del sistema de derecho, entre normas de igual jerarquía o de distinto rango, entre normas especiales y normas generales, entre normas posteriores y normas anteriores y para todos estos casos existen criterios de interpretación que le permiten superar la aparente contradicción, sin que en ningún caso la norma desechada sea objeto de reproche en cuanto a su validez.

“Ahora bien, cuando la incompatibilidad surge entre la Constitución y una norma, no siempre y necesariamente ésta se configura como consecuencia del carácter constitucional de la norma. Si esto es así, lo más sano en mi criterio, sería

someter dicha norma al juicio de constitucional ante el más alto tribunal para que la decisión respectiva tuviese efectos *erga omnes*. Es que insisto, una norma no puede ser constitucional en abstracto e inconstitucional en concreto (pero además dependiendo del criterio de cada juez).

“Lo que sucede es que al intérprete jurídico sí le corresponde en cada caso, evaluar la especificidad de la situación fáctica, y en ese sentido aplicar una solución jurídica acorde y razonada, sin que haya lugar a reprochar el carácter constitucional de la norma. Así, *verbigratia*, no se puede asumir que el derecho a la intimidad de una señora ama de casa, sea idéntico al de un hombre público; incluso en este segundo caso hay algunas esferas de su vida excluidas de ese tipo de protección en aras de la transparencia de la *res publica*. Pero el hecho de que la esfera de intimidad de ese sujeto esté mermada, no quiere decir que las normas respectivas sean inconstitucionales para el caso concreto; se trata sencillamente de una interpretación diferenciada que tiene siempre como norte la prevalencia de la Constitución, interpretación diferenciada que puede conducir, incluso, a la no aplicación de una norma en un caso concreto.

“A la luz de las anteriores consideraciones me parece oportuno que con el fin de evitar que cualquier juez de la República pueda fingir como garante de la constitucionalidad en abstracto, pero sólo para un caso concreto con las consecuencias que ello conlleva en términos de devaluación de la ley, de incertidumbre jurídica y de ruptura del principio de igualdad, fenómenos que son del todo inconvenientes, se debe precisar el alcance del artículo 4 de la Constitución como criterio de interpretación, mas no como técnica de control de constitucionalidad”⁵

Hasta aquí la cita larga pero pertinente, en la medida que lo allí expresado adquiere vigencia como consecuencia de una muy reciente decisión de la Corte Constitucional. Se trata del auto proferido por la sala plena de la Corporación de número 059 de 27 de febrero del año 2001.

El aspecto medular se refiere a la decisión de no aplicar el artículo 1 del decreto 1382 del 2000 “por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”, al considerarlo manifiestamente contrario a la Constitución. Adicionalmente se otorgan efectos *inter pares* a dicha decisión “para que en aquellos casos en que sean semejantes todos los jueces de tutela apliquen la excepción de inconstitucionalidad en el mismo sentido”.

Sobre el asunto la Corporación determinó que:

“Luego de haber proferido cerca de 90 providencias en el mismo sentido, la Corte Constitucional estima necesario indicar que cuando en la parte resolutive de

⁵ Revista de la Academia de Jurisprudencia, *op. cit.*, págs. 169-177.

sus providencias decida no aplicar una norma y aplicar de manera preferente un precepto constitucional, la resolución adoptada tiene efectos respecto de todos los casos semejantes, es decir, *inter pares*...”.

Para que ello sea así, es menester, según el alto tribunal constitucional, que concurran varias condiciones a saber:

En primer lugar la violación a la Constitución por parte de la norma que será no aplicada, ha de resultar de la simple comparación de los respectivos preceptos y ha de ser palmaria, inmediata y directa —a la manera de la situación prevista para decretar la suspensión provisional de un acto administrativo por parte de la jurisdicción contencioso administrativa—.

En segundo lugar, la Corte precisa que la norma constitucional violada debe definir de manera clara una regla jurídica que debe ser aplicada, precisión que contribuye a reducir o incluso, a excluir cualquier margen de interpretación por parte del juez.

En tercer lugar, para la Corporación el decreto de la excepción inconstitucionalidad debe originarse en una clara inconstitucionalidad sin que sea menester examinar los hechos particulares del caso. Es decir, la decisión se funde en razones exclusivamente juridiconormativas y no fácticas.

Adicionalmente circunscribe el decreto de la excepción de inconstitucionalidad a materias concernientes a los derechos fundamentales o a los mecanismos previstos para su protección y finalmente se determina que, debe tratarse de una decisión adoptada por sala plena en su función de unificar jurisprudencia.

Nótese, pues, que a la Corporación le preocupa una interpretación amplia y laxa de su potestad para abstenerse de aplicar una norma a un caso concreto por lo que establece los condicionamientos hasta aquí descritos.

Sin embargo, con base en su facultad de modular los efectos de sus decisiones le concede efectos *inter pares* al auto en comento.

Las preguntas que surgen son entonces múltiples y complejas. Cabe un primer interrogante:

Al darle carácter de excepción de inconstitucionalidad a la no aplicación de una norma a partir de un juicio de reproche a una norma de inferior jerarquía por no respetar los parámetros constitucionales, y con efectos *inter pares*, ¿cuál es el margen de interpretación que le resta al Consejo de Estado para pronunciarse respecto de lo dicho sea de paso, dudosa constitucionalidad del decreto 1382 del 2000, cuando la Corte Constitucional ha considerado que se trata de uno de esos

casos en que la inconstitucionalidad es apreciable claramente, en forma palmaria y directa y dicha decisión tiene vocación de surtir efectos *inter pares*?

A ese respecto, al menos desde el punto de vista teórico, pueden suceder varias cosas:

La primera, que en tanto el Consejo de Estado no se pronuncie al decidir sobre una demanda de nulidad del decreto en cuestión, la categoría de efectos *inter pares* resulta homologable en términos prácticos a los efectos *erga omnes* de la decisión judicial aunque ésta haya sido proferida con ocasión del conocimiento de un caso concreto y no como consecuencia de una acción pública de inconstitucionalidad y aunque haya sido proferida por quien no es el juez competente para conocer de la inconstitucionalidad de ese tipo de decretos.

En este sentido el auto de la Corte Constitucional opera como una especie de suspensión provisional del decreto hasta tanto el Consejo de Estado se pronuncie en ejercicio de la inconveniente —como lo pone en evidencia este caso—, competencia residual que le reconoció la Constitución en materia de control de constitucionalidad de los decretos cuyo conocimiento no corresponde de manera taxativa a la Corte y respecto de lo cual ya se planteó:

“Contribuiría también a erigir un sistema de control de constitucionalidad concentrado, atribuirle competencias taxativas en materia de control de constitucionalidad al Consejo de Estado, en tanto, que la competencia residual que en este ámbito le corresponde hoy, fuese de la Corte Constitucional”⁶, o incluso, que al Consejo de Estado se le reconociese su función única de máximo tribunal de lo contencioso administrativo y de control de la legalidad, en tanto, que la Corte concentrase el control de constitucionalidad de todos los actos normativos de carácter general.

Sin embargo, el sistema actual de ubicación de la competencia residual del control de constitucionalidad en el Consejo de Estado no sólo desconoce que existen muchos actos normativos de distintas autoridades estatales con fuerza y jerarquía de ley en sentido material tales como los proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura —véase artículo 257 numeral 3—, o los que expide el Consejo Nacional Electoral —artículo 265 numeral 9— o incluso el Banco de la República —371 numeral 2—, cuyo conocimiento debería corresponder al máximo tribunal constitucional, sino que, además, comporta el peligro de decisiones contradictorias por ejemplo entre la ley cuyo control corresponde a la Corte y el decreto reglamentario de la misma cuyo control corresponde al Consejo de Estado. Y qué decir del caso concreto que se analiza: ¿qué sucede en términos de certeza del derecho si el consejo de Estado considera que el decreto suspendido por la Corte

⁶ *Ibidem*.

Constitucional, con efecto *inter pares* es constitucional? Al menos la certeza del derecho se ve quebrantada. Y ¿qué decir del principio de igualdad cuando por un determinado período de tiempo el decreto deja de regir y respecto de unos casos concretos y luego adquiere nuevamente validez normativa como consecuencia de la contradicción entre Corte y Consejo de Estado?

Antes que plantear excesos de la Corte Constitucional dentro de una lógica de razonamiento que para el país se va convirtiendo en tópico del razonar, no siempre científicamente respaldado, lo que se pone en evidencia con el auto de la Corte es una serie de incoherencias de nuestro sistema de control de constitucionalidad que para su mejor funcionar debería excluir la excepción de inconstitucionalidad, concentrar el control de constitucionalidad de manera exclusiva en la Corte Constitucional y adoptar la cuestión de inconstitucionalidad para que cuando en un caso concreto se plantee la supuesta violación entre una norma cualquiera y la Constitución se suspenda el trámite del proceso hasta tanto decida el único juez de constitucionalidad.