

## **Algunas consideraciones sobre control constitucional en Colombia**

*Some considerations regarding the  
constitutional control in Colombia*

*Texto de ingreso del jurista Jaime Vidal Perdomo a la Academia Nacional  
de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina*

Jaime Vidal Perdomo\*

### **Resumen:**

Se identifica el control constitucional colombiano contemplado en la Constitución de 1991 y se brinda un esquema que permite ubicar el sistema colombiano de control frente a otros.

### **Palabras clave:**

Colombia, Constitución, Control constitucional, Estado social de derecho.

### **Abstract:**

The Colombian constitutional control, established in the 1991 Constitution, is identified and it is shown in a scheme which allows to place the Colombian control system in relation with the others.

### **Key words:**

Colombia, Constitution, Constitutional Control, Social Rights State.

---

\* Profesor honorario de la Universidad del Rosario de Bogotá. Primer vicepresidente de la Academia Colombia de Jurisprudencia.

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, señor vicepresidente, señores miembros de la mesa directiva, señores académicos, señoras y señores:

Desde el 10 de junio de 1988 poseo la calidad de académico correspondiente de esta Academia, distinción muy honrosa que comparto con mis compatriotas Fernando Hinestrosa, Luis Carlos SÁCHICA y Jorge Vélez García. No obstante haber visitado la Academia Nacional de Córdoba en otra ocasión, no me preparé para incorporarme en ella. Ahora lo hago, confiado en responder con mayor propiedad, por el paso del tiempo, al inmenso honor que para mí y para la Academia Colombiana de Jurisprudencia y la Universidad del Rosario, de las cuales procedo, significa pertenecer a un cuerpo académico de tanto renombre en su país y en otras naciones, por los méritos en el derecho de quienes han sido y son miembros y por los altísimos servicios que en todos los tiempos de su valiosa existencia ha prestado a su país y a Latinoamérica.

Para mí, a fin de indicar la dimensión del honor que se me ha dispensado y la gratitud por el acto solemne que aquí se celebra, me basta recordar que hace poco más de cinco años fue recibido el maestro de maestros, el profesor español Eduardo García de Enterría. Este recuerdo viene a mi memoria porque su trabajo de ingreso, “La democracia y el lugar de la ley” –texto sabio, como todos los de este gran jurista–, lo he leído con deleite en el número 355, de abril de 2004, de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, donde fue felizmente publicado.

Gracias sean dadas también a Ricardo Haro, vuestro vicepresidente y eminente constitucionalista, con quien me ligan varios años de amistad, fruto de nuestro común trajinar jurídico y de nuestras visitas a Córdoba y a Bogotá, y quien con estimulantes palabras me ha presentado esta tarde ante el foro de esta Academia.

El tema del cual voy a ocuparme en el espacio reglamentario concedido lo he denominado “Algunas consideraciones sobre el control constitucional en Colombia”. Tiene que ver con un sujeto complejo, vasto y evolutivo, y propongo estas notas como características generales del control constitucional, que no puede abordarse convenientemente sino desde la perspectiva de un solo país y conforme a la experiencia de él, dada su extensión, que, de otra manera, en la amplia visión del derecho comparado, tomaría tomos y tomos y supone el manejo de varias lenguas y el conocimiento profundo de diferentes sistemas jurídicos.

Por todas estas circunstancias y las limitaciones del tiempo que es menester emplear para dirigirse a la Academia Nacional de Córdoba, el tema debe circunscribirse a un solo país y de manera introductoria, por lo cual no puede ser tratado en todas sus partes integrantes principales, que pueden ser las siguientes: los distintos tipos de control constitucional y los efectos del tema en el concepto de Constitución, la cuestión de los derechos fundamentales, el examen preliminar de las disposiciones constitucionales colombianas de 1991 que organizan el control constitucional, la importancia de las sentencias de la Corte Constitucional –que en octubre de 2005 dieron valor al acto reformativo de la Constitución de la reelección inmediata del Presidente de la República– y las relaciones entre el derecho y la política.

A falta de la posibilidad de detenerse en todas las cuestiones mencionadas, veamos cómo se identifica el control constitucional contemplado en la Constitución Colombiana de 1991 en frente de esos asuntos que se han seleccionado como referencia comparativa para un análisis exhaustivo, a fin de brindar un esquema resumido que permita ubicar el sistema colombiano de control frente a otros.

### **1. La fecha del establecimiento del control constitucional colombiano y sus características desde el punto de vista del tipo de control**

Si como es usual se parte de la existencia de dos principales tipos de control constitucional, el difuso y de la excepción, por estar confiado en general a los jueces ordinarios, y que no se dirige contra la ley, sino que busca enervar sus efectos en un caso concreto de litigio (desarrollado en los Estados Unidos de América después del fallo *Marbury vs. Madison* de 1803), y el europeo o kelseniano, que se encamina contra la ley y tiene como cabeza a una Corte o Tribunal Constitucional, puede decirse que se discute en Colombia sobre el momento de la instauración del control y la mayor influencia que en su organización tenga el sistema norteamericano o el europeo.

En efecto: el importante jurista colombiano don Eduardo Rodríguez Piñeres<sup>1</sup> analiza el Acto Legislativo número 3 de 1910 (reformativo de la Constitución de 1886), que permitió una decisión definitiva de la Corte Suprema de Colombia de ajuste o violación de la Constitución como una solución distinta de la norteamericana, y mejor porque evita los errores en que pueden incurrir los jueces llamados a decidir sobre los casos concretos; además, se remonta a 1858 para fijar los antecedentes del movi-

miento que culminó en la reforma de 1910, y reconoce que en Venezuela se aplicaba por la época el mismo principio, lo que después se ha enfatizado mucho. Por lo que se puede concluir que la reforma constitucional de 1910, junto con las normas venezolanas equivalentes, inauguró un sistema de control bien diferente del norteamericano.

Ahora, si la comparación ya no es con lo que existía en 1910, sino entre el sistema norteamericano, difuso y de la excepción, y el modelo europeo, que según la doctrina actual recibió el influjo de Hans Kelsen a partir de 1920 y generó gran impulso después de la segunda guerra mundial, como es la hipótesis de Alemania, Italia y España, es indudable que en Colombia se practica este modelo de control constitucional.

### **2. La Constitución como norma y la incidencia del control constitucional sobre la noción de Constitución**

Con frecuencia se sostiene que la forma como está operando el control constitucional en Europa, a partir de la supremacía de la Constitución en relación con la ley, y por oposición al concepto de la Constitución simplemente como documento o proyecto político, ha conducido a la Constitución a convertirse en norma jurídica, dejando atrás el papel de documento político. Se habla así del “nuevo derecho constitucional”<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Eduardo Rodríguez Piñeres: “Relaciones entre los poderes judicial y legislativo”. En: *Por el reinado del derecho* (escritos varios). Bogotá: Imprenta de “La luz”, 1927.

<sup>2</sup> Iván Vila Casado: *Nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez, 2004.

de la “constitución normativa”, y se recuerda el bello título del muy sustantivo libro del profesor madrileño Eduardo García de Enterría que tiene esa denominación<sup>3</sup>; del mismo modo, se cita en el artículo 4 de la Constitución colombiana, donde se lee que en “Todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

En Colombia se ha ido más lejos, y el propio Presidente de la República en un discurso en una universidad afamada, poco después de aprobada la Constitución de 1991, hablaba de un “nuevo derecho”, expresión que no se ha vuelto a utilizar después y que dio lugar a una crítica severa<sup>4</sup>.

Fuera de estos antecedentes puede uno preguntarse si en Latinoamérica la Constitución no era tomada como norma, entonces ¿qué era? Y si, por ejemplo, ¿la declaración de la reforma constitucional de 1936 sobre la función social de la propiedad no modificó el Código Civil, inspirado en principios contrarios, y daba lugar a la extinción del dominio por su incumplimiento? Y si dentro del concepto de legalidad no podía alegarse ante el Consejo de Estado la violación de la Constitución para solicitar la nulidad de actos administrativos? ¿La integridad de la Constitución,

bajo cuya salvaguardia se puso en 1910 el control de la constitucionalidad de las leyes, no comprendía entonces la noción de supremacía?

### **3. ¿Dónde está contenido el derecho? ¿Solamente en la ley o también en la Constitución?**

Las grandes codificaciones francesas del siglo XIX, y en particular las del Código Civil y el Código de Comercio, dieron notable importancia y auge al derecho privado y destacaron el papel de la ley, haciendo factible la creencia de que el derecho se encontraba en la ley, que llevaba de la mano al juez en la aplicación de la justicia; esa subordinación de la justicia desequilibró la categoría de las ramas e hizo aparecer como subordinación la tarea judicial; la Constitución quedaba distante y podía concebirse bien en un plano político de organización de los poderes públicos.

En cambio, ahora, en el nuevo derecho constitucional, si así puede decirse, la Constitución toma el sitio de las normas directamente, según se proclama como novedad, e iguala y supera a la ley, y quizás uno pueda preguntarse legítimamente si no asoman en estos planteamientos algunas de las discrepancias con Gustavo Zagrebelsky, expuestas en el epílogo de Gregorio Peces-Barba al derecho dúctil del primero<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

<sup>4</sup> Jorge Humberto Botero: “Nueva constitución: ¿nuevo derecho?” *Cuestiones Juridicae* núm. 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 1994.

<sup>5</sup> Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995, p.157.

Se comenta, en todo caso, de una especie de rebelión de los jueces contra la ley, para no estar más atados a ella, más cuando, como en Colombia, por virtud de la “acción de tutela” están llamados a pronunciarse en términos perentorios sobre ella y lo hacen con base en criterios constitucionales, con prescindencia de las leyes, como lo autoriza el artículo 85 de la carta de 1991.

No se controvierte la modalidad de la aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales, como en otros sistemas jurídicos, pero tal vez se pueda preguntar si resulta conveniente esa falta de diálogo entre la Constitución y la ley para el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, más cuando la categoría de los derechos fundamentales no está definida con claridad.

Frente a la pasividad que con anterioridad se atribuía a los jueces de traducir únicamente la voluntad de la ley, ahora se habla del “activismo de los jueces”, es decir, de tener vuelo propio y de definir conforme a sus propios criterios, lo cual puede tener mucho significado tratándose de acciones de tutela, con las cuales pueden definirse derechos económicos y sociales y puede sobrevenir la pugna política con las competencias legislativas de los órganos políticos.

#### **4. Las competencias de la Corte Constitucional. La distinción de la jurisprudencia entre reformar y sustituir una Constitución**

En este repaso que se quiere hacer de algunas cuestiones destacadas de la teo-

ría y práctica jurídicas del control constitucional en Colombia, ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, corresponde examinar el importante asunto de las competencias de la Corte Constitucional colombiana; primero, de manera general, y luego con ocasión de las reformas constitucionales, ya que fue con el acto legislativo número 2 de 2004, sobre la reelección presidencial inmediata, que la Corte Constitucional estableció la célebre distinción entre reformar y sustituir una Constitución. Pero antes deben rememorarse algunos antecedentes que deben entrar en el análisis y que pueden ayudar a entender el alcance de las disposiciones constitucionales de 1991.

Si en 1910 fue claro el establecimiento del control constitucional sobre las leyes, nada se dijo sobre la posibilidad de control sobre actos reformativos de la Constitución. Más adelante la similitud de la figura llevó a que la Corte Suprema de Justicia comenzara a acariciar la posibilidad de extender el control constitucional a reformas constitucionales. En efecto, esto ocurrió primero respecto del acto administrativo número 2 de 1977 y después en relación con el acto administrativo número 1 de 1979, reformas impulsadas, en su orden, por los presidentes de la República Alfonso López Michelsen y Julio César Turbay Ayala.

En aquel momento se lanzó contra la Corte Suprema de Justicia la acusación de que había llevado el país hacia el extremo censurable del “gobierno de los

jueces”. Esto puede explicar que en la Asamblea Constituyente de 1991, cuando el control constitucional se trasladó de la Corte Suprema de Justicia a la Corte Constitucional, se dijera en el artículo 241 que “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”. Luego, dentro del cuerpo de ese texto se introdujo suficiente claridad en cuanto a la diferencia sobre el control de las leyes “tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

No obstante, para reservarse una amplia competencia en materia de control de fondo sobre reformas constitucionales, se ha dicho, la Corte Constitucional distingue entre reforma y sustitución constitucional, y así va más a la competencia del Congreso que a la suya propia, para encontrar límites al órgano elegido, a pesar de referirse a los suyos, como cuando dice que “en la Carta de 1991 no existen cláusulas pétreas, normas intangibles o principios inmodificables”<sup>6</sup>.

Quizá el control de la argumentación pueda hallarse en este párrafo:

También advierte la Corte que el poder de reforma es muy amplio y comprende la adopción de modificaciones importantes e, inclusive, trascenden-

tales: No es la importancia, ni son las ampliaciones profundas de una reforma si esta supone una sustitución de la Constitución. El fenómeno jurídico de sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado es reemplazado por un opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria; por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente, así como sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos definitorios de su identidad originaria. Esto no obsta para que el Congreso efectúe reformas importantes para adaptar la Carta a la evolución de la sociedad y responder a las expectativas de los ciudadanos<sup>7</sup>.

Al juzgar el acto legislativo 2 de 2004 en su conjunto, finalizó la Corte:

... si bien constató la importancia de la reforma adoptada, concluyó que el Congreso no había excedido su competencia al reformar, entre otras normas, el artículo 197 que prohibía de manera absoluta la reelección pre-

<sup>6</sup> “Comunicado del presidente de la Corte Constitucional, magistrado Manuel José Cepeda”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 331, abril de 2006, p. 3.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

sidencial. Para la Corte, permitir la reelección presidencial –por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial– es una forma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente. Para la Corte los elementos esenciales que definen el Estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad humana, no fueron sustituidos por la reforma. El pueblo elegirá soberanamente a quien decida como Presidente, las instituciones de vigilancia y control conservan la plenitud de sus atribuciones...<sup>8</sup>.

En un valioso libro dedicado al tema de la justicia constitucional<sup>9</sup> se leen algunas críticas a la posición de la Corte, que, a la postre, se reserva el poder de definir si una reforma constitucional es contraria o está ajustada al texto de 1991.

#### **4.1 La opinión del ex constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero**

El ex constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero dice, refiriéndose al control de la Corte Constitucional: “ella podrá no estar sometida a control, como efectivamente no lo está, en el sentido de que alguien tenga atribuida su fiscalización o la de sus actos, pero tal cosa está lejos de significar que el ámbito de acción de la Corte no está claramente delimitado”<sup>10</sup>.

#### **4.2 La opinión del profesor Ricardo Zuluaga**

En otro artículo titulado el “Control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución en Colombia”, el profesor Ricardo Zuluaga desenvuelve la tesis de que no consagra la Constitución limitación en relación con cuestiones que no sean susceptibles de reforma, como sí lo hacen algunas Constituciones, para luego examinar “la tesis de la falta de competencia como vicio de forma”, parte en la cual sostiene que nuestra Corte Constitucional ha variado recientemente su jurisprudencia para lograr que la Constitución diga otra cosa, lo que para el autor significa que existen límites implícitos al poder de reforma que la Constitución no consagra<sup>11</sup>.

Lo que sirve de fundamento para avanzar en esta dirección es la distinción entre el poder de reforma y el poder de la sustitución, donde critica que se asume erróneamente que la Constitución de 1991 sea expresión del poder constituyente originario, cuando en realidad no fue así.

El profesor reconoce, en su conclusión, los esfuerzos de la Corte por avanzar en el proceso de construcción de la teoría de la sustitución de la Constitución, con lo cual “termina facultada para ejer-

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p. 7.

<sup>9</sup> Ricardo Sanín Restrepo (coordinador académico): *Justicia Constitucional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Legis, 2004.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 82.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 301.

cer una función que formalmente no se le ha concedido y a partir de la cual, y desde su escasa legitimidad democrática, termina imponiéndole una restricción tan severa e indefinida al órgano que por expreso mandato constitucional encarna la presentación popular (C.P. Art. 133)”<sup>12</sup>.

El agudo trabajo jurídico, uno de los primeros que se conoce contra la decisión de la Corte Constitucional sobre sus funciones, finaliza con una larga cita de la argumentación del magistrado Humberto Sierra Porto, que aparece también en el comunicado de prensa del 20 de octubre de 2005 y que, en la práctica, ha quedado como decisión por su buena factura y la extensión de los textos de las piezas formales.

## 5. El Estado social de derecho

Uno de los puntos clave de la interpretación de la Constitución colombiana de 1991 es el de la consagración en su texto del Estado social de derecho. En efecto, se lee en su artículo 1.º que “Colombia es un Estado social de derecho”. Esta declaración se cita normalmente en las decisiones de la jurisprudencia constitucional y en la doctrina jurídica, y es la que le da mayor realce a la Carta de 1991. Naturalmente, la mención del Estado social de derecho se hizo en las sentencias que definieron la conformidad con la Constitución del acto legislativo número 02 de 2004 sobre la reelección

presidencial, tal como se puede ver en uno de los párrafos del comunicado de prensa transcritos en el apartado anterior.

### 5.1 *El Estado social de derecho, sus fundamentos desde la reforma constitucional de 1936*

Sin quererle restar méritos a la Constitución de 1991, tengo reservas de orden histórico, político y jurídico que me llevan a concluir que la introducción de ese concepto no se hizo en 1991, sino, con otros conceptos y una teoría política, con la reforma constitucional de 1936. De entrada debe reconocerse que la declaración formal se hace en 1991, pero desde 1936 se trajeron los fundamentos conceptuales que dieron lugar a dicha declaración.

Para comenzar debe indicarse que la fórmula está inspirada en la redacción del artículo 1.º de la Constitución española de 1978 que reza: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, remata con severidad el enunciado en cuestión.

La redacción colombiana proveniente de 1936 declaraba: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 309.

sociales del Estado y de los particulares”. El precepto citado era el número 16 de la codificación anterior a 1991 que, como se sabe, estaba formado por la Constitución de 1886 con las reformas introducidas con posterioridad, entre ellas la de 1936, tal vez, la más importante<sup>13</sup>.

### ***5.2 El Estado social, fruto del constitucionalismo social***

Se ha hablado del “constitucionalismo social” para referirse a aquel nacido después de la primera guerra mundial, que registra la pérdida de confianza ciudadana en los postulados individualistas del liberalismo de la época y por eso avanza hacia las preocupaciones de mejoramiento social, representadas por nuevas clases sociales que habían aparecido haciendo más compleja la estructura de la sociedad y que demandaban la protección del Estado. Se han mencionado como exponentes de ese constitucionalismo social las Constituciones de México de 1917, de Weimar de 1919 y de la segunda República española de 1931.

De anteriores trabajos académicos recuerdo la elaboración del prólogo al libro de Álvaro Tirado Mejía y de Magdala Velásquez sobre la “reforma constitucional de 1936”<sup>14</sup>, en el cual se mostraron los nexos claros entre la Constitución española de 1931 y la reforma constitucional de 1936, y, como

lo hacen los autores de libro, se muestra el rompimiento entre las tesis individualistas y las de orientación socialista que inspiraron las mencionadas Cartas políticas. Allí se sostenía que la primera aplicación de estas ideas es la de propiedad entendida como función social; la segunda, el artículo constitucional sobre el trabajo a la vez como obligación social y derecho del individuo.

En la parte histórica del libro se plantea bien la oposición que esas ideas progresistas generaron en quienes poseían otras concepciones políticas y los crudos enfrentamientos a que aquellas dieron lugar, frente a la frialdad o indiferencia con que fueron recibidas en los trabajos constituyentes de 1991, lo que prueba que ya habían pagado el precio de su novedad. Es posible que al ampliar el radio de acción de reformas constitucionales efectuadas por otras naciones iberoamericanas en aquellas décadas en que nacieron los derechos llamados de la segunda generación, los derechos económicos y sociales, se encuentren normas equivalentes y síntomas de la polarización política que vivió Colombia en aquella época.

La misma Constitución de 1991 da testimonio de su conexión con la reforma constitucional de 1936 cuando el segundo párrafo del artículo 2 incorpora la declaración estampada en el artículo 16

<sup>13</sup> Jaime Castro: *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Fundación Friedrich Naumann, Oveja Negra, 1982, p. 29.

<sup>14</sup> Álvaro Tirado Mejía y Magdala Velásquez: *La reforma constitucional de 1936* (prólogo de Jaime Vidal Perdomo). Bogotá: Fundación Friedrich Naumann, Oveja Negra, 1982, p. 7.

del año de 1936, con apenas ligeros cambios de redacción. Es evidente que en el 36, cuando la decepción por ciertos postulados del liberalismo y la necesidad de competir con las atractivas tesis del marxismo, que habían triunfado en la Unión Soviética, partidos como el Liberal colombiano tomaron el camino franco de girar hacia la izquierda, y la síntesis de su nueva filosofía fue la preocupación principal por lo social y ya no lo individual. Pasar por alto semejante compromiso hubiera significado quedarse al margen de la evolución histórica. Desconocer el esfuerzo que entonces se hizo sería borrar un trecho meritorio de la historia política y jurídica del país, como es el que incorpora los derechos económicos y sociales. Calmada ya la tormenta por el rompimiento que tal conceptualización del Estado social de derecho implicaba, puede pasarse no solamente a proclamar el nuevo propósito del Estado, y a corregir el error de interpretación cometido.

## **6. La tutela contra sentencias y el “choque de trenes”**

El último punto que quiero plantear ante este ilustrado foro de la Academia de Derecho de Córdoba, en cuanto a algunas observaciones sobre el control constitucional en Colombia, es el atinente al conocido en la prensa colombiana como el “choque de trenes”, apelativo dado para referirse a las fuertes discrepancias que se han suscitado entre la Corte Constitucional, de un lado, y el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, de otro, por las denomina-

das “tutelas contra sentencias”. Esto nos lleva a decir algunas palabras sobre la acción de tutela, las posibles causas de esas discrepancias y la propuesta de reforma constitucional sometida por el Gobierno nacional ante el Congreso de la República en los últimos días.

### **6.1 La acción de tutela en su enunciado constitucional**

El artículo 86 de la Constitución de 1991 prescribió:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicite la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conduc-

ta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La acción de tutela es una adaptación del recurso de amparo conocido en el derecho iberoamericano y colocado por la Constitución para mostrar su preocupación por la efectividad de los derechos fundamentales; es, a no dudarlo, el texto más famoso de la Carta colombiana de 1991 y, en cierta manera, el que la simboliza en su más noble finalidad protectora de derechos.

Sin entrar a analizar a fondo la acción de tutela, lo que debe hacerse y se ha hecho por obras especiales, baste por el momento afirmar que la acción de tutela hace parte, según el profesor Eduardo Rozo Acuña<sup>15</sup>, de las “garantías constitucionales” entre las cuales estudia, en América Latina, la de hábeas corpus, la del juicio de amparo, el *mandado de seguranca*, el recurso de protección y el propio control de constitucionalidad.

### **6.2 La reglamentación de la acción de tutela**

La acción de tutela fue reglamentada por el decreto-ley 2591 de noviembre 19 de 1991, que, a su turno, fue reglamentado

por el decreto 306 de 1992. Dentro del primero estaba contemplada la posibilidad de la tutela contra sentencias (en el artículo 11) bajo la siguiente redacción: “La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo, salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente”.

El artículo 12 siguiente establecía: “La caducidad de la acción de tutela no será obstáculo para impugnar el acto o la actuación mediante otra acción si fuere posible hacerlo de conformidad con la ley”.

### **6.3 La decisión de inconstitucionalidad**

Por medio de la sentencia C-543 de 1 de octubre de 1992, la Corte Constitucional, en votación dividida, declaró inexecutable los artículos 11 y 12 del decreto 2591 de 1991, y 40 del mismo estatuto, aunque mantuvo la constitucionalidad del art. 25, también demandado; la decisión de la Corte Constitucional ha sido examinada en dos estudios críticos: el de Manuel Fernando Quinche Ramírez<sup>16</sup>, en forma extensa, y el de Sandra Morelli Rico<sup>17</sup>, más desde el contexto de la institución y de las dificultades de su inserción en el conjunto de cuerpos judiciales colombia-

<sup>15</sup> Eduardo Rozo Acuña: *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

<sup>16</sup> Manuel Fernando Quinche Ramírez: *Vías de hecho. Acción de tutela contra sentencias*. Bogotá: Editorial Huellas de Ley, 2001.

<sup>17</sup> Sandra Morelli Rico: *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Temas de derecho público Núm. 45, 1997.

nos. Quinche Ramírez desarrolla la tesis de que la decisión estuvo inspirada en la hermenéutica formalista y que apareció como sustituto en la jurisprudencia la teoría de la “vía de hecho”, que explica largamente. La abogada Morelli Rico habla más de las dificultades de inserción de la Corte Constitucional y de la indefinición del constituyente de 1991, que dejó a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado con la misma jerarquía y al mismo nivel de la Corte Constitucional.

#### **6.4 La iniciativa gubernamental**

Sea de ello lo que fuere, a partir del 2004, para poner una fecha, el país presencié el espectáculo de la disputa de competencias en las “altas Cortes”, en perjuicio del sistema jurídico, el prestigio de la administración de justicia y la seguridad jurídica.

Una muestra del choque de trenes está en las fuertes declaraciones del presi-

dente de la Corte Suprema de Justicia, que publica la Revista Semana<sup>18</sup>.

El presidente de la República, doctor Álvaro Uribe Vélez, ha querido que por intermedio del consenso se disipen o disminuyan las discrepancias de las altas Cortes, propósito que ha resultado difícil.

Ante esta circunstancia desafortunada, al finalizar septiembre de 2006 la prensa informa de la presentación por el Gobierno ante el Congreso de la República de un proyecto de reforma constitucional que reglamenta la tutela contra sentencias, para poner fin al choque de trenes<sup>19</sup>. Además se informa de una iniciativa similar que tendría el apoyo del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal General de la Nación.

Se termina así una etapa de enfrentamientos institucionales derivados del ejercicio de la acción de tutela y se abre otra que surtirá ante el Congreso de la República como constituyente derivado.

<sup>18</sup> *Revista Semana*, Bogotá, 25 de septiembre de 2006, p. 34.

<sup>19</sup> *El Tiempo*, Bogotá, del 28 de septiembre de 2006, p. 1-16.