

VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

MAURO FRANCISCO ROMERO TAPIA.



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Maestría en Derecho, Facultad de Derecho

Universidad la Gran Colombia

Bogotá D.C.

2024

Vicios de Constitucionalidad en Colombia

Mauro Francisco Romero Tapia

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister en Derecho

Diego David Barragán Ferro. “Director”



Maestría en Derecho, Facultad de Derecho

Universidad la Gran Colombia

Bogotá D.C.

2024

Dedicatoria.

A mi sobrina **MARIANA RODRIGUEZ BENITEZ.**

Mi MANANA, cuando se hable de mí, siempre se dirá que tú fuiste lo más hermoso de mi vida.

Agradecimientos

A los Doctores Adrian Zeballos F. y Diego Barragán Ferro por su apoyo en este proyecto de grado; a mi familia, fuente infinita de amor y apoyo; a mi ALMA MATER, origen y conclusión inagotable de investigación y sabiduría.

Contenido

RESUMEN.....	8
ABSTRACT.....	10
INTRODUCCIÓN.....	12
OBJETIVOS.....	14
OBJETIVO GENERAL.....	14
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	14
1. <u>CAPITULO UNO</u>	16
<u>1.1. GENERALIDADES DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y LA LEY 5 DE 1992</u>	16
<u>1.2. GENERALIDADES DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA.</u>	19
<u>1.3. FUNCIONAMIENTO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.</u>	23
<u>1.4. PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO</u>	26
<u>1.4.1. INICIATIVA DE LOS PROYECTOS DE LEY</u>	27
<u>1.4.2. ESCRITO DE LOS PROYECTOS DE LEY</u>	29
<u>1.4.3. REDACCIÓN DE LOS PROYECTOS DE LEY</u>	33
<u>1.4.4. DEBATES Y APROBACIÓN</u>	35
<u>1.4.4.1. PRIMER DEBATE</u>	35
<u>1.4.4.2. SEGUNDO DEBATE</u>	37
<u>1.4.4.3. TERCER DEBATE</u>	40
<u>1.4.4.4. CUARTO DEBATE</u>	41
<u>1.4.4.5. SANCIÓN PRESIDENCIAL Y ROL DEL EJECUTIVO EN EL DEBATE LEGISLATIVO</u>	42
<u>1.4.5. PUBLICACIÓN</u>	46
<u>2. CAPITULO DOS</u>	49
<u>2.1. ORIGEN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL</u>	49
<u>2.2. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD</u>	53
<u>2.2.1. CONTROLES HORIZONTALES Y VERTICALES</u>	53
<u>2.2.2. CONTROLES INTRA E INTERÓRGANOS</u>	55

2.2.3. CONTROL DIFUSO Y CONCENTRADO	59
2.2.3.1. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	64
3. CAPITULO TRES.....	73
3.1. VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD.....	73
3.1.1. VICIOS MATERIALES O DE FONDO.....	75
3.1.1.1. PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA.....	79
3.1.1.2. <i>DESCONOCIMIENTO DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA U ORGÁNICA</i>	81
3.1.1.3. LOS PROBLEMAS DE COMPETENCIA, (EN CUANTO ESTA CONSTITUYE UN PRESUPUESTO ESENCIAL PARA ACCEDER A LAS FORMAS LEGALES).....	84
3.1.2. VICIOS DE PROCEDIMIENTO.....	86
3.1.2.1. VICIOS DE TRÁMITE O DE FORMA.....	89
3.1.2.2. VICIOS DE COMPETENCIA.....	97
3.1.2.3. SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	113
MARCO REFERENCIAL.....	124
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	133
DISEÑO METODOLOGICO.....	1333
INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	13535
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	13636
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	13838
LISTA DE REFERENCIA O BIBLIOGRAFÍA.....	1422

Resumen

En este trabajo se establece un compilado de preliminares compuesto por los capítulos I y II, referentes al Congreso de la República y su función de legislador; así mismo, con las funciones de constituyente derivado y los límites al poder de reforma que le corresponden en virtud de tal función; así mismo, en el capítulo II se explica el control de constitucionalidad desde la perspectiva funcional, pero también desde el punto de vista fenomenológico que sobre el particular ha realizado la doctrina, la academia y la jurisprudencia; sin estos capítulos no se entendería el capítulo III.

En el tercer capítulo se explica a partir de disertaciones jurisprudenciales, el modelo de interpretación *SUI GENERIS* que ocurre cuando la Corte Constitucional entra a evaluar los actos derivados del poder de reforma, y los vicios materiales y procedimentales que ocurren en punto de las funciones del legislador que le son propias al Congreso de la República, o al ejecutivo en razón de funciones excepcionales; de ahí surge la teoría de los vicios de constitucionalidad, sus características y su evolución, advirtiendo desde ya que resulta confusa esta teoría en tanto que es la misma Corte la que en ocasiones se contradice y sobrepone unos vicios con otros, pues como la misma Corte advierte, se trata de un “proceso en construcción”.

Pero no obsta para manifestar mi admiración hacia la Corte Constitucional, pues el trabajo ha sido grande, discursivo, y profundamente introspectivo, ganándose el derecho de ser la

SUPREMA GUARDIAN de la Constitución, pues esta teoría jurisprudencial tiene como fin único el de protegerla.

***Palabras claves:** Sentencia, Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Constitución, Ley, Congreso, Congresistas, Senador, representante, Parlamento, Magistrado, Juez, Estado; Nación, República, Vicios, Competencia, Trámite, Fondo, Competencia, Sustitución, Procedimiento, Material, de Fondo, exequible, Constitucional, constitucionalidad.*

Abstract

This paper establishes a compilation of preliminaries composed of chapters I and II, referring to the Congress of the Republic and its function as legislator; likewise, with the functions of a derived constituent and the limits to the power of reform that correspond to it by virtue of such function; Likewise, Chapter II explains the control of constitutionality from the functional perspective, but also from the phenomenological point of view that the doctrine has carried out on the subject by doctrine, academia and jurisprudence; without these chapters, chapter III would not be understood.

The third chapter explains, based on jurisprudential dissertations, the SUI GENERIS model of interpretation that occurs when the Constitutional Court evaluates the acts derived from the power of reform, and the material and procedural defects that occur in the functions of the legislator that are proper to the Congress of the Republic. Or to the executive by reason of exceptional functions; Hence the theory of constitutional defects, their characteristics and their evolution, warning from the outset that this theory is confusing insofar as it is the Court itself that sometimes contradicts itself and superimposes some vices with others, because as the Court itself warns, it is a "process under construction".

But it does not prevent me from expressing my admiration for the Constitutional Court, since the work has been great, discursive, and profoundly introspective, earning the right to be the

SUPREME GUARDIAN of the Constitution, since this jurisprudential theory has the sole purpose of protecting it.

Keywords: Judgment, Supreme Court of Justice, Constitutional Court, Constitution, Law, Congress, Congressmen, Senator, Representative, Parliament, Magistrate, Judge, State; Nation, Republic, Vices, Competence, Procedure, Merits, Competence, Substitution, Procedure, Material, Merits, Enforceable, Constitutional, Constitutionality.

Introducción

Actualmente la Corte Constitucional está desarrollando una serie de teorías propias sobre los vicios de constitucionalidad o inconstitucionalidad, según su variable pasiva o activa.

Es en este punto que se requiere un estudio juicioso sobre lo que de verdad constituyen vicios y la forma como lo ha venido decantando la jurisprudencia, para el efecto, se buscó hacer un análisis de más de 200 jurisprudencias, sobre lo que verdaderamente constituye un vicio y tratar de sistematizarlo; la tarea es dura en tanto que se trata de varias teorías en desarrollo, pero que igualmente debemos intentar buscar elementos comunes a estas para proceder a establecer un análisis sobre el futuro de estas teorías y como pueden cambiar.

Agrava aún más la situación cuando el Congreso no se da a la tarea de guardar y comprender el valor formal y material de la ley, desconociendo un sin número de jurisprudencias que han dejado perfectamente claro el contenido constitucional de los vicios, incurriendo una y otra vez en los mismos vicios.

Por lo anterior hemos establecido una especie de características comunes a las sentencias que se refieren a cada vicio, intentando con esto crear algo de doctrina sobre el particular, pero que

además sirva de base para estudiantes y profesionales del derecho que quieran entender esta compleja teoría, habida cuenta que, con justa razón no existe un proceso doctrinario de sistematización de los vicios.

Y decimos que con justa razón, porque esta es una teoría en construcción que a veces confunde cada concepto y su límite, por lo tanto esta labor es difícil de sistematizar; para que tengamos un ejemplo en el mismo documento que realizó la Procuraduría General de la Nación respecto del análisis de constitucionalidad del ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA, incurrió en graves errores, y en la misma hoja se lee que esta le dá al vicio de competencia vocación de vicio material, pero más adelante establece que se trata de un vicio de procedimiento, lo cual demuestra el desconocimiento de la teoría de los vicios de constitucionalidad.

Por tal razón y atendiendo al hecho de que este togado desde pregrado siempre se preocupó por esta materia es que hacemos un análisis de tales vicios.

Objetivos

Objetivo General

Intentar sistematizar la teoría de los vicios de constitucionalidad a partir de exámenes casuísticos realizados por la Corte Constitucional, esta teoría es radicalmente nueva y por lo tanto se requiere de un horizonte doctrinario que permita entender con claridad el valor axiológico de los vicios y el respeto por la Democracia y el Estado de Derecho.

Objetivos Específicos

1.- Evidenciar la naturaleza y procedimiento del poder de reforma y legislativo que le asiste al Congreso de la República, así como los lineamientos que para el efecto ha establecido la Corte Constitucional.

2.- Entender el valor de la interpretación Constitucional y los controles de constitucionalidad que para el efecto ha preceptuado la doctrina y la jurisprudencia.

3.- Valorar el contenido formal de las normas y con base en esto, establecer cual es el tipo de control que se puede utilizar

4.- Intentar esquematizar y crear doctrina sobre los vicios de constitucionalidad, a través de un proceso de introspección que combine la vocación empírica sobre la materia y los probables procesos interpretativos que sirvan analógicamente para desarrollar el valor gnoseológico de los vicios de constitucionalidad

1. CAPITULO UNO

1.1. Generalidades del Procedimiento Legislativo y la Ley 5 de 1992.

Hablar de leyes en Colombia, implica necesariamente un recorrido desde su fundación, este país se ha estructurado a partir de leyes y procedimientos legislativos que cada vez se especializan más en su procedimiento y en su formación.

Decir que el procedimiento legislativo se circunscribe a los preceptos normativos contenidos en la Ley 5 de 1992, es una simplicidad carente de cualquier conocimiento, pues no solo ha habido modificaciones a esta Ley a través de otras Leyes, sino que además, con el advenimiento de la Constitución Política, que creó la Corte Constitucional y en consecuencia se han generado procedimientos y requisitos que no se encuentran contenidos en la Ley 5ª y sus modificatorias sino en la jurisprudencia.

Respecto de las modificaciones a la Ley 5ª, vale la pena resaltar algunas que consideramos importantes en tanto que su causa y justificación exigieron la creación de estas:

La Ley 179 de 1994, o Ley orgánica del presupuesto, la cual no solo modifica la Ley 38 de 1989, sino el procedimiento legislativo para su expedición.

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

La Ley 273 de 1996, referente al juzgamiento de altos funcionarios del Estado.

La Ley 600 de 2000, que se refiere a juicios especiales ante el Congreso (artículos 419 a 468)

La Ley 974 de 2005, o Ley de Bancadas, la cual propende por la reglamentación del régimen de bancadas de los miembros de corporaciones públicas.

La extinta Ley 1127 de 2007 la cual tenía por objeto adicionar la sección 5ª de la Ley 5ª creando unas comisiones regionales interparlamentarias, razón por la cual mediante Sentencia C- 225 – 08 de 2008, Magistrado Ponente Jaime Cordoba Triviño, fue declarada inexecutable.

La Ley 1434 de 2011 por medio de la cual se crea la comisión legal para la equidad de la mujer del Congreso.

La Ley 1828 de 2017, por medio de la cual se expide el código de ética y disciplinario de los Congresistas.

La Ley 1904 de 2018, por la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública para la elección del Contralor General de la República por el Congreso.

La Ley 1833 de 2017, por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley 5ª y se crea la comisión legal para la protección de los derechos de las comunidades negras o población Afrocolombiana del Congreso.

La Ley 2003, por la cual se modifica la Ley 5 de 1992 y se dictan otras disposiciones.

La Ley 2267 de 2022, por medio de la cual se modifica la Ley 3ª, 754 y 1921 respecto del número de Congresistas en las comisiones constitucionales.

Estas entre otras leyes, no obstante lo anterior, hemos querido dejar un listado de las más importantes desde el punto de vista de la tarea parlamentaria.

Si bien es cierto el objeto de este trabajo de postgrado no es el de evaluar el trámite legislativo, si se requiere un conocimiento... tan siquiera sumario del procedimiento legislativo, en tanto que el objeto de investigación de este proceso si requiere el conocimiento previo respecto de la actuación del Congreso en su labor legislativa, habida cuenta que la tarea que nos hemos propuesto respecto de intentar esquematizar y hacer algún tipo de doctrina sobre los vicios constitucionales, así lo requiere.

Y es que las exigencias procedimentales impuestas por la Corte Constitucional para expedir válidamente las leyes no solo se encuentran en la norma legal sino en jurisprudencia, ha obligado al legislador a acudir a la doctrina iuris y asumir interpretaciones que antes de la creación de la Corte Constitucional no estaban obligados a realizar, generando con esto una especie de sub reglamento etéreo pero que tiene la capacidad de ser en criterio de supralegalidad la misma jerarquía ontológica de la Constitución, pues el desconocimiento de aquellas reglas supralegales etéreas comportan la infracción de principios superiores que afectan la producción normativa por parte del Congreso.

1.2. GENERALIDADES DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA.

El Congreso de la República nace desde la patria misma, por lo tanto el Congreso pertenece a lo que yo considero que es una Ley de construcción de la República de Colombia, en tanto que así se declaró fundada la patria. A partir de la constitución de 1921 el Congreso se hizo bicameral, siguiendo la tradición Inglesa y Norteamericana, el modo de elección de los Congresistas ha variado desde su misma fundación, es así como en 1827, se estableció que fueran ciudadanos ilustres elegidos por las provincias de manera vitalicia, en las constituciones de 1821, 1830, 1832 Y 1843 estos eran elegidos por medio de Asambleas Electorales constituidas en Parroquias o Cantones para un periodo de 8 años, y en las constituciones federales de 1853 y 1858 se podía hacer de forma directa, sin embargo en la constitución de 1863 se le asignó esta elección a los Estados que decidían según su criterio y designaban los Senadores y Representantes para la República Federal.

Desde la constitución de 1886, se volvió a incluir la elección directa y desde ese tiempo se ha mantenido hasta nuestros días; en 1970 se designó el periodo de los Congresistas en 4 años¹.

¹ CONSTITUCIONES POLÍTICAS NACIONALES DE COLOMBIA Restrepo Piedrahita, Carlos. Ed. Universidad Externado de Colombia,

En igual sentido, el artículo 6 de la Ley 5ª establece cuales son las funciones del Congreso, pues no solo se trata de la facultad de expedir las leyes en nombre del pueblo de Colombia, también tiene las siguientes funciones:

- ✓ Función constituyente.
- ✓ Función legislativa
- ✓ Función de control político
- ✓ Función judicial
- ✓ Función electoral
- ✓ Función administrativa
- ✓ Función de control público
- ✓ Función de protocolo.

Empero, la Corte Constitucional en Sentencia C-437 de 1997, consideró que estas facultades tienen un amplio margen de decisión, habida cuenta que existe una cláusula general de competencia que permite regular todo lo establecido en todas las materias objeto de regulación, es así como la Corte entendió que

“(...) el Poder Legislativo está facultado para dictar leyes en todos aquellos asuntos que puedan ser materia de legislación y cuya regulación no haya sido atribuida a otra rama u órgano independiente, incluso cuando esos temas no están comprendidos dentro de las funciones que han sido asignadas expresamente al Congreso en la Carta. Es la llamada cláusula general de competencia, la cual ha sido derivada, en el marco de la actual Constitución, de la interpretación de los apartes de los artículos 114 y 150 que expresan que al Congreso le corresponde hacer las leyes. De esta manera, se entiende que las funciones del Congreso que se especifican en el artículo 150 de la Constitución no son taxativas sino simplemente

enumerativas y que a este órgano le corresponde la responsabilidad de dictar reglas en todas aquellas materias no confiadas a otras esferas estatales”.

Si bien es cierto, esta cláusula general de competencia le da al Congreso la facultad de regular todas aquellas materias susceptibles de ser reglamentadas, la Corte también ha establecido límites a la facultad de configuración y de producción normativa, estas limitaciones se refieren a:

- Límites espaciales: en tanto que el artículo 149 constitucional establece que el único lugar de reunión del Congreso es el Congreso de la República, tanto es así que en sentencias C - 685 de 2011², y C - 141 de 2010³, se ha declarado la inexecutable de las leyes sobre la cual trataron en tanto que estas no fueron debatidas en el Congreso. Estas entre otras sentencias que refieren el tema.

- Límites a facultades expresamente asignadas a otros funcionarios públicos: como es el caso de los reglamentos constitucionales autónomos contenidos; por ejemplo en el artículo 355 constitucional que establece la facultad del Gobierno Nacional de suscribir contratos con entidades públicas para la consecución de los fines constitucionales, o la facultad del Consejo Nacional Electoral respecto de la

² Corte Constitucional; Sentencia C - 685 de 2011, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

³ Corte Constitucional; Sentencia C - 141 de 2010, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

reglamentación para acceder a medios de comunicación por parte de partidos y movimientos políticos legalmente reconocidos.

- Límites sobre la regla de mayorías. Si bien es cierto este tema lo evaluaremos más adelante cuando evaluemos los vicios de procedimiento, debemos dejar en claro que el principio de regla de mayorías contenido en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 5ª establece que una Ley no puede ser tramitada y aprobada si no cuenta con las mayorías exigidas según la naturaleza de la Ley que corresponda. En este punto la Corte Constitucional en Sentencia C – 087 de 2016⁴, consideró:

“Dicho axioma actúa como una garantía del principio de representación, pues la aprobación y validez de las medidas legislativas depende que sean más sus partidarios que sus detractores y así quede consignado en las distintas votaciones a que deban ser sometidas. Este principio está consagrado en el artículo 146 de la Constitución, según el cual: “en el Congreso pleno, en las cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial”

- Asuntos sometidos a reserva de ley. En tanto que el Congreso no puede expedir una Ley que faculte a otros funcionarios o entidades públicas respecto de la delegación de asuntos de reserva de ley, toda vez que son asuntos exclusivamente asignados al Congreso y su facultad legislativa exclusiva, como es el caso de códigos reglamentarios o autorizaciones de convenios o tratados cuya aprobación

⁴ Corte Constitucional; Sentencia C – 087 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub,

le corresponde exclusivamente al Congreso, ya que esta materia es objeto de Ley aprobatoria de tratados públicos.

1.3. Funcionamiento del Congreso de la República:

Previamente a iniciar la legislatura, la Ley 5ª establece que se debe constituir una junta preparatoria conformada por los Congresistas que hubiesen asumido alguna dignidad, así el Presidente del Senado será el Presidente de la junta y el Presidente de la Cámara será el vice Presidente. A falta de estos lo harán los legisladores de forma alfabética, dicha junta tiene como fin verificar el Quórum, nombrar una comisión para convocar al Presidente de la República, etc, lo anterior de conformidad con los artículos 12, 13 y 14 de la mentada Ley.

El Congreso iniciará siempre sus sesiones el 20 de julio de cada año a las 3:00 P.M., se reúnen en el salón elíptico del Capitolio todos los Congresistas (Senado y Cámara) tal y como lo disponen los artículos 12 y 139 de la Ley 5ª, y de conformidad con la Ley, el Presidente de la República es el encargado de instalar y clausurar las sesiones del Congreso en atención a lo preceptuado por el artículo 139 constitucional, no obstante lo anterior; el hecho de que el Presidente no asista no impide que se declaren iniciadas las sesiones del Congreso.

Una vez reunidos, se establece la ritualidad de la pregunta por parte del Presidente del Congreso:

“¿Declaran los Senadores y representantes presentes, constitucionalmente instalado el Congreso de la República y abiertas sus sesiones?”

Y frente a la respuesta afirmativa de los Congresistas se inician las sesiones.

Es menester recordar que cuando se trata de la primera legislatura, que coincide con el periodo Presidencial, se le toma el juramento a los Congresistas y después al Presidente de la República.

Posterior a esta ritualidad, cada una de las cámaras se deben reunir por separado a efectos de elegir sus mesas directivas, si no las hay, esa función es asumida por los dignatarios de la anterior legislatura o en su defecto por los Congresistas que están en el primer orden alfabético siguiendo los lineamientos trazados por los artículos 37 y 38 Ley 5ª, las sesiones de Cámara y Senado son públicas y deben garantizar que estas se divulguen de conformidad con el artículo 88. De conformidad con los artículos 85, 136, 137, 138 y 169 Las sesiones son:

- a- **Ordinarias:** se realizan por derecho propio dentro de la legislatura
- b- **extraordinarias:** realizan por fuera de la legislatura, para su reunión se requiere un decreto expedido por el Gobierno Nacional de conformidad con los artículos 138 y 200 de la C.P., así como el artículo 85 de la Ley 5ª, dicho decreto debe señalar

claramente la duración del periodo de sesiones extraordinarias, y los temas objeto de debate que se deben abordar por parte del Congreso. El Consejo de Estado mediante Sentencia del 16 de septiembre de 2014 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo ha entendido que este decreto es de doble naturaleza, por una parte se trata de un acto administrativo, cuyo control está sometido al máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo pero también es un acto de naturaleza y fines políticos, por ende su promoción y debate se encuentra en la esfera del Congreso.

- c- **Conjuntas:** son sesiones que realizan las comisiones homólogas de Senado y Cámara conjuntamente. Estas tienen una característica especial y es que validan las sesiones de cada una sin necesidad de que se presente un nuevo debate ya que este se entiende cumplido para cada una de las comisiones.

- d- **Especiales:** de conformidad con el artículo 85 de la Ley 5ª, se presentan cuando ocurre algo extraordinario que requiere la atención urgente del Congreso y este se encuentre en receso, estas son: por la declaración del Presidente de Estados de excepción (arts. 212 a 215 CP), falta absoluta del vicepresidente (art. 205 CP).

- e- **Permanentes:** el artículo 84 de la Ley 5ª establece que las comisiones solo podrán sesionar por el termino de 4 horas, o la Corporación en pleno hasta por el término de la citación a plenaria, en tal virtud se permite que cualquiera de los Congresistas puedan hacer la moción de sesión permanente, la cual no podrá durar sino hasta las 11:59 del día de sesión.

- f- **Reservadas:** establecida en los artículos 85 y 86 de la Ley 5ª, y como lo dice su nombre, estas procederán sin la presencia de público o prensa, los solicitantes de

moción reservada son el Ministro del ramo en el que se debatirán asuntos de carácter nacional, la mesa directiva de la corporación y la quinta parte de los Congresistas, miembros de la respectiva corporación o comisión.

Así las cosas, se puede observar que la Ley 5ª establece una serie de ritualidades, que implican obligatoriamente su obediencia, pues tal y como lo veremos más adelante, su desconocimiento es óbice para la declaración de inconstitucionalidad de la ley, las sesiones deben ser obedecidas y su destinación debe ser específica; es de vital importancia el orden del día, el cual debe ser publicado y entregado a todos los participantes y a la ciudadanía en general, por eso se exige la ritualidad de que el orden del día se incluya en la gaceta del Congreso, si esto no se hiciera en estos términos, surge un vicio de inconstitucionalidad, ya que mal pudiera; a título de ejemplo, debatirse o aprobarse una Ley Estatutaria por fuera de las sesiones ordinarias del Congreso, en tanto que así lo ha interpretado la Corte Constitucional.

1.4. Procedimiento legislativo:

El procedimiento legislativo es en sí mismo una serie concatenada de pasos que deben seguirse para la expedición de la ley, esta sucesión de hechos implica obligatorio obediencia de la ritualidad que le exige al Congreso para que esta pueda ser considerada como debidamente expedida.

Esa secuencia de procedimientos se encuentran en los artículos 132 a 187, los cuales son desarrollados por la Ley 5ª de 1992, desde su artículo 32, y varios pronunciamientos de la Corte Constitucional que ha entendido que el procedimiento legislativo es un procedimiento agravado de estricto acatamiento y por ende, no solo ha cobijado con sus sentencias la condición de cosa juzgada constitucional a varios de estos trámites, sino que

además ha considerado que se entienden como parte del bloque de constitucionalidad, asignándole a la Ley 5ª una suerte de “reglamento constitucional de facto” en tanto que las confrontaciones requeridas para su validez parten del cumplimiento o estricto acatamiento al procedimiento de creación de la ley⁵.

En este punto, valga la pena una aclaración personal, es que creemos que hoy en día, el procedimiento también se refiere a intrínsecas valoraciones ontológicas, por lo tanto hoy en día es dable decir que el procedimiento legislativo es en sí mismo un fin, atrás quedó la teoría del “ancillae sustanciam” en donde lo valioso de la Ley era lo que esta tenía que ofrecer, en tanto que el fin de los procedimientos son la vigencia inmediata del derecho sustancial y el reconocimiento de los derechos que le asisten a la ciudadanía, sino que el procedimiento es en sí mismo una materia de observación y discusión. Puede ser la Ley más benéfica para la Nación pero si el procedimiento es inadecuado esta Ley está condenada a su extinción mediante la declaratoria de inconstitucionalidad.

1.4.1. Iniciativa de los proyectos de ley:

Como bien lo definen los artículos 40, 103, 106, 154, 155 y 156, pueden presentar proyectos de Ley las siguientes personas:

- ❖ Cualquier Congresista,

- ❖ El Gobierno Nacional y los Ministros en cada uno de los asuntos de su competencia, previo aval del Presidente de la República,

⁵ Sobre el particular, las sentencias C-423 de 1995, y C-052 de 2015. Se refieren a ellas entre muchas otras

- ❖ La Corte Constitucional,
- ❖ El Consejo de Gobierno Judicial,
- ❖ La Corte Suprema de Justicia,
- ❖ El Consejo Nacional Electoral,
- ❖ El Consejo de Estado,
- ❖ El Procurador General de la Nación,
- ❖ El Contralor General de la República,
- ❖ El 30% de los Concejales o Diputados del país
- ❖ El 5% de los ciudadanos del país. El artículo 2 de la Ley 134 de 1994 extiende esta facultad no solo a proyectos de Ley, sino también a proyectos de Ordenanza, Acuerdo, de Resolución y demás resoluciones de las corporaciones de las entidades territoriales para que sean debatidos, modificados, aprobados o negados en la corporación pública respectiva.
- ❖ El 10% de Los habitantes de entidades territoriales debidamente inscritos en el censo electoral, pero únicamente para los asuntos que sean de su competencia

1.4.2. Escrito de los proyectos de ley:

En los artículos 157 y 158 de la Constitución Política no se encuentra una norma que establezca el requisito de formación del proyecto, pero el artículo 145 de la Ley 5ª si establece que todo proyecto de ley, cuando menos debe tener 1) un título, 2) un encabezamiento, 3) una exposición de motivos y 4) un articulado.

Con relación al título. En Sentencia C-135 de 2017⁶, la Corte Constitucional se pronunció respecto del título en los siguientes términos:

“En este proceso judicial se cuestiona la terminología del título de la Ley 89 de 1890. No obstante, como de manera regular el control constitucional recae sobre el contenido normativo de las disposiciones legales, y como por otro lado ni los títulos de las leyes ni los signos lingüísticos en sí mismos considerados tienen un valor normativo autónomo, surge la duda por la procedencia del escrutinio judicial frente a estos textos legales (...) Con respecto al control judicial del lenguaje legal,

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-135 de 2017, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO

PÉREZ, Demanda de inconstitucionalidad contra el título de la Ley 89 de 1890, “por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”

se acogen las líneas dominantes de esta Corporación, en el sentido de que algunas expresiones lingüísticas que pueden tener una connotación peyorativa en contra de ciertos colectivos históricamente discriminados, que pueden resultar contrarias a la dignidad humana y a la prohibición de discriminación, por lo cual, en estas hipótesis es viable el examen de la terminología legal. Y con respecto a los títulos, también se reiteran algunos precedentes fijados por este tribunal, en el sentido de que aunque estos carece de valor normativo autónomo, eventualmente pueden producir efectos jurídicos de manera indirecta debido a su valor interpretativo, de modo que su inconstitucionalidad se puede proyectar en el articulado de la Ley. Así las cosas, corresponde a la Corte determinar la viabilidad de esta modalidad de control. (...) Cuando el análisis de la terminología legal se enmarca en el título de una ley, la circunstancia de que el título carezca de un valor normativo autónomo no torna improcedente el control constitucional, ya que el escrutinio judicial de la legislación recae sobre los signos lingüísticos, independientemente de su contenido prescriptivo o regulativo”.

(...)

“Algunas expresiones lingüísticas con una connotación peyorativa en contra de ciertos colectivos históricamente discriminados, pueden resultar contrarias a la dignidad humana y a la prohibición de discriminación, por lo cual, en estas hipótesis es viable el control judicial de la terminología empleada en una norma jurídica”. En efecto, “el uso de léxico no resulta ajeno al análisis constitucional y los enunciados legales no solo pueden ser examinados y valorados a la luz de los efectos jurídicos que allí se establecen, sino también a la luz de los imaginarios y de las representaciones sociales, económicas, políticas e ideológicas que encarnan”, comoquiera que “los signos lingüísticos cumplen no solo una función referencial o denotativa, sino también connotativa y muchas veces, tienen una carga emotiva e ideológica”.

Y es que la Corte también consideró que el objeto del título es el de servir como criterio interpretativo, hermenéutico, el procedimiento legislativo a seguir, deben ser generales respecto de los asuntos de que trata, y *“ante la imposibilidad de sintetizar los mismos en una extensión razonable, se puede utilizar la frase “y se dictan otras disposiciones”*⁷ respecto del título también podemos decir que dentro de este se puede utilizar el nombre de una persona que por su situación o hechos excepcionales generan un reconocimiento inmediato en la recordación de las personas, como por ejemplo la Ley María (Ley 755 de 2002), o la Ley Sandra Ceballos (Ley 1384 de 2010), no obstante lo anterior, esta no puede ser discriminatoria por razón de su raza, credo, condición sexual, personal, académica o cualquier otro criterio que resulte vejatorio para un sector de la población.

Finalmente los artículos 169, 193 y 194 de la Ley 5ª establecen que el título no podrá omitir el número o la descripción general del contenido, tampoco puede violar el principio de unidad de materia entre el título y el contenido de esta y debe ser lo suficientemente claro respecto de la materia que se pretende regular.

RESPECTO DEL ENCABEZAMIENTO, el artículo 169 constitucional establece una formula ceremonial que se subsume al siguiente tenor:

**“El Congreso de Colombia,
DECRETA”**

⁷ Corte Constitucional, Sentencias No. C-026 de 1993 y C-360 de 2016

Con relación A LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, la Ley 5ª prevé que esta debe establecer la explicación del porque se requiere esa ley; es decir, que problema se debe solucionar con esta ley, para lo cual se podrá hacer uso de gráficas, estadísticas, textos, etc., también debe enunciar la disposición legal o constitucional en que se fundamenta, debe ser explícita sobre el objeto y fin de la ley, como es el caso de adicionar, derogar, reglamentar, etc., pues el uso de estos “verbos rectores” permite con certeza prístina concluir la razón de ser la Ley, su fundamento y su justificación.

En la exposición de motivos también se deben dejar en claro circunstancias excepcionales que dieron origen al proyecto de ley, como es el caso de una calamidad pública, una declaración de guerra, la declaratoria de un Estado de excepción y o un hecho que está afectando a la ciudadanía como sería el caso de una recesión económica o un desastre nacional, ya que con esto se pretende entender cómo se va a abordar el problema, o si se trata de una iniciativa ciudadana legislativa, explicar las razones de esta iniciativa y como hizo tránsito a este proyecto de Ley enunciando desde la solicitud de la iniciativa a la Registraduría Nacional del Estado Civil, su anuencia por parte del Consejo Nacional Electoral, la expedición de los formularios, el número de firmas certificadas para su presentación, etc.

También se deben incluir los requisitos previos para la aprobación, como es el caso de las consultas previas para casos de regulación minera o cuando se trata de una construcción que afecte a las comunidades, o en el caso de aprobación y expedición de análisis de factibilidad fiscal cuando la Ley se refiera a reformas tributarias o fiscales que requieran adición de gasto o gastos no contemplados, etc.

Respecto del ARTÍCULADO, es menester recordar que en virtud del principio de configuración normativa, no existe o no conozco una norma que establezca como se debe

realizar este, dejando a disposición del Legislador como pretende redactar dicha reglamentación, no obstante lo anterior es bueno recordar las características de la Ley respecto a que esta es **GENERAL, IMPERSONAL Y ABSTRACTA**, debe ser clara, y de fácil comprensión por parte de las personas.

1.4.3. REDACCIÓN DE LOS PROYECTOS DE LEY

En razón de la técnica legislativa, se busca que todas las normas deban ser conexas entre sí, buscando con esto regular una sola materia, para lo cual se hará en forma descendente respecto del problema y su regulación, creemos que la mejor definición sobre el contenido de una norma, es equiparable a la definición que hiciera el maestro Alfonso Reyes Echandía⁸ sobre el tipo penal el cual puntualizó como “la abstracta descripción de un hecho reprochable y punible”, y por ende esta descripción debe ser precisa, bien redactada, estableciendo las conexiones y las palabras claves que regulan las conductas que se pretenden premiar o sancionar, a su turno el código civil establece que la Ley es:

ARTICULO 4o. DEFINICION DE LEY. Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la Ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.

En este punto, es menester recordar que el principio de la generalidad de la norma tiene una única excepción y es la Ley de honores, toda vez que es la única que permite

⁸ DERECHO PENAL, Reyes Echandia Alfonso, Editorial Temis 1989

conferir beneficios a una persona determinada o a una familia o a un grupo poblacional técnico, social o político en específico, pero esta regulación se hace bajo premisa de reconocer el aporte hecho por estas personas al país en cualquiera de los ámbitos que presentan las circunstancias fenomenológicas contempladas por la ley.

Los proyectos de Ley deben estar en idioma oficial, debe ser organizado respecto de su cuerpo en temas y subtemas, para eso se usarán libros, títulos, capítulos, artículos, numerales, incisos y demás, además debe guardar el principio de la unidad de materia, es decir; que debe versar, o que debe regular sobre la misma materia, al respecto el artículo 158 constitucional preceptúa:

“Artículo 158. Todo proyecto de Ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La Ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas”.

Los artículos 139, 144 y 154 de la Ley 5ª establecen la ritualidad de este paso, en tanto que se exige que para su presentación se deberá hacer en original y 2 copias, la original queda en el archivo, la primera copia se distribuye en los miembros y la segunda copia se deberá enviar a la gaceta del Congreso, habida cuenta que ningún proyecto podrá ser Ley sin haber sido publicada con anterioridad, cada proyecto deberá empezar en la Cámara a la que corresponda el Congresista, por lo cual, si es Senador, el proyecto iniciará en comisión del Senado y si es Representante a la Cámara, pues se hará en su corporación,

no obstante lo anterior; toda iniciativa que verse sobre impuestos, rentas nacionales siempre deberá iniciar en la Cámara de Representantes, y los que se refieren a leyes aprobatorias de tratados públicos siempre deberán iniciar en el Senado de la República.

1.4.4. Debates y aprobación

1.4.4.1. Primer debate:

Una vez recibido el proyecto, el Secretario de la Corporación deberá asignarle un número de proyecto y ordenar su publicación, a su turno deberá enviarle al Presidente de la comisión el proyecto de Ley ya radicado y numerado, además puede hacerle observaciones como que este tiene otro proyecto similar y por lo tanto se pueden unir los dos proyectos, o que adolece de algún requisito formal como sería la falta o insuficiencia de exposición de motivos, o que el articulado que se pretende debatir ya fue objeto de control constitucional, o la incongruencia en el título, etc.

El Presidente procede a evaluar el proyecto y puede de conformidad con el artículo 158 constitucional inadmítirlo para que el Congresista subsane los errores cometidos y lo vuelva a presentar, en el evento de encontrarse todo acorde a las exigencias normativas de la Ley, el Presidente lo enviará a la Comisión correspondiente de conformidad con la materia de qué trata, igualmente envía a la Gaceta del Congreso el proyecto y finalmente la mesa directiva de la Comisión que recibe el proyecto procede a asignar el ponente que puede ser un número plural o singular, dependiendo de lo que exija las circunstancias. Cuando el proyecto sea presentado por una bancada, al menos uno de los ponentes deberá ser de esa bancada

El ponente deberá elaborar un informe de ponencia o ponencia sobre los beneficios que trae el proyecto el cual puede ser complementado, recortado o negado según sea el caso con lo cual se procede a publicarlo en la Gaceta del Congreso y a enviarlo a los demás Congresistas miembros de la comisión.

Una vez publicado, se procede a incluirlo en el orden del día de la comisión, la cual establecerá el tiempo de la ponencia y la fecha en que se debatirá, tanto el informe de archivo de ponencia como el informe de debate del proyecto son objeto de discusión y de votación, en el debate se puede modificar el texto de la ponencia, adicionar o negar, incluso se permite que a solicitud de un Congresista, se haga la votación artículo por artículo, el artículo 157 constitucional establece estas reglas en los siguientes términos:

“Artículo 157. Ningún proyecto será Ley sin los requisitos siguientes:

- 1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.*
- 2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras.*
- 3.- Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.*
- 4.- Haber obtenido la sanción del Gobierno.*

1.4.4.2. *Segundo debate*

Una vez aprobada la ponencia por votación, el Presidente de la comisión deberá asignarle ponente para la plenaria, que pueden ser los mismos ponentes de la comisión o no, dichos ponentes deberán estudiar el proyecto y elaborar un informe de ponencia para plenaria, en este informe se deberá dejar constancia de varias situaciones, incluyendo el número de votos del proyecto y las modificaciones que se hicieron al articulado, adicionalmente si hubo intervención ciudadana o si hubo intervención del Ministro del ramo a que corresponda, tal y como lo ordena el artículo 165 de la Ley 5ª. Es importante tener en cuenta estas reglas de ponencia, so pena de que la Ley sea posteriormente declarada inexecutable, tal y como lo deja en claro la Corte Constitucional en Sentencia C-034 de 2009⁹

Realizada la ponencia, esta se presenta ante la Mesa Directiva de la Corporación, la cual deberá señalar la fecha de radicación del orden del día, y su publicación en la gaceta del Congreso, adicionalmente se ordenará la realización de invitaciones y oficios a las personas que deban asistir para solventar asuntos técnicos o políticos como es el caso de los Ministros del ramo y demás personas que requieran su participación, la Constitución establece unas reglas especiales sobre el particular, estas són:

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2009, Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA ACCION PUBLICA DE

“Artículo 159. El proyecto de Ley que hubiere sido negado en primer debate podrá ser considerado por la respectiva Cámara a solicitud de su autor, de un miembro de ella, del Gobierno o del vocero de los proponentes en los casos de iniciativa popular.

Artículo 160. Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días. Durante el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias. En el informe a la Cámara plena para segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron su rechazo. Todo Proyecto de Ley o de Acto Legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y deberá dársele el curso correspondiente.

Acto Legislativo 01 de 2003, artículo 8°. El artículo 160 de la Constitución Política tendrá un inciso adicional del siguiente tenor: Ningún proyecto de Ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la Presidencia de cada Cámara o Comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación”.

En la sesión citada se procede a escuchar el o los informes de ponencia, explicando la conveniencia y el articulado a debatir, posteriormente el Presidente dará el uso de la palabra a los Congresistas presentes en la Plenaria y a los Ministros si fuere el caso, los

Congresistas pueden presentar objeciones al articulado a través de proposiciones y si estas son aprobadas se modificará el texto inicial dejando en claro que la proposición ganadora es la que se aprobó en plenaria, no obstante lo anterior, cuando las proposiciones modificatorias del proyecto sean varias, el Presidente de la plenaria puede ordenar que se devuelva el proyecto a la Comisión, los artículos 96 y 158 de la Ley 5ª establecen estas reglas.

En virtud de la libertad de organización del debate que le asiste al Congreso, el Presidente de la plenaria puede tomar varias decisiones sobre la forma de llevarlo, puede por ejemplo ordenar la votación en bloque sobre el articulado sobre los que no hay objeciones o proposiciones y dejar los artículos objeto de polémica para ser debatidos después, o puede ordenar el debate y votación del proyecto artículo por artículo, o puede por ejemplo suspender la sesión mientras las bancadas se ponen de acuerdo, puede reprogramar el debate para otra fecha, incluso puede nombrar una comisión accidental sobre el proyecto a debatir. Respecto de las reglas especiales sobre cómo debe llevarse a cabo el debate es importante recordar que los artículos 97 a 110 de la Ley 5ª nos dicen la forma en que se debe llevar este, las facultades de los Congresistas, de las bancadas, las interpelaciones y mociones de orden, etc. En tratándose de reglas que deben ser acatadas por todos los presentes.

El debate se cierra de dos formas, la primera se presenta cuando todas las objeciones o proposiciones se han debatido y la segunda cuando la plenaria aprueba la figura de la “suficiente ilustración”, el artículo 164 de la Ley 5ª establece que esta puede ser pedida en cualquier tiempo por cualquier Congresista cuando el debate sobre el mismo artículo ha sido debatido en 2 sesiones o más, o en el evento en que se haya debatido por más de tres horas (artículo 108)

Una vez cerrado el debate se procede a su votación, bien sea negando el proyecto de Ley o aprobándolo caso en el cual se procede al tercer debate.

1.4.4.3. Tercer Debate:

Cuando el proyecto es aprobado en plenaria para a la otra cámara para su estudio, para lo cual el Presidente de la plenaria deberá remitir el proyecto con sus anotaciones, discusiones y votación verificada por el secretario de la plenaria al Presidente de la otra plenaria.

Una vez recibido, el Presidente de la plenaria que recibe, vuelve a iniciar el trámite del proyecto en los mismos términos que han establecido para el primer debate de comisión.

Sobre el tercer debate, hay algunas precisiones que debemos considerar, tales como las que se refieren al artículo 159 constitucional, el cual da la posibilidad al ponente o a su autor, un miembro de la anterior cámara, o del Gobierno Nacional la posibilidad de presentar apelación para que se estudie el proyecto en el evento en que este haya sido negado por la otra cámara, su procedimiento se encuentra en el artículo 180 de la Ley 5ª.

Respecto de los tiempos en que debe transcurrir entre debate y debate, es importante tener en consideración el artículo 160 constitucional, el cual establece que:

“Artículo 160. Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días. Durante el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias. En el informe a la Cámara plena para segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de

las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron su rechazo. Todo Proyecto de Ley o de Acto Legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y deberá dársele el curso correspondiente. Acto Legislativo 01 de 2003, artículo 8°. El artículo 160 de la Constitución Política tendrá un inciso adicional del siguiente tenor: Ningún proyecto de Ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la Presidencia de cada Cámara o Comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación”.

1.4.4.4. Cuarto Debate:

El trámite de este debate se circunscribe a las mismas reglas sobre el particular que el segundo debate, adicionalmente se deben tener en cuenta los siguientes factores.

En la plenaria de la segunda cámara, se pueden integrar comisiones accidentales en el evento en que existan discrepancias entre lo aprobado en una y otra cámara, dicha comisión se compondrá por un número plural de Congresistas de una y otra cámara y que tendrán la tarea de conciliar los textos aprobados, los cuales deberán pasar por la plenaria de cada una de las cámaras para aprobar o no los textos conciliados, esto se hará previa publicación del texto con por lo menos un día de la sesión, en el evento en que alguna de las cámaras niegue el texto conciliado por segunda vez, el proyecto se considerará negado.

También se considerará negado el proyecto en el evento en que este sea debatido en 2 legislaturas, a este procedimiento se le conoce como decaimiento legislativo; o también cuando las apelaciones al proyecto inicialmente presentado sean negadas, es importante

resaltar que las apelaciones no proceden cuando el proyecto es votado de manera negativa ante la plenaria anterior

Una vez aprobado el proyecto de Ley se envía a sanción presidencial.

1.4.4.5. Sanción Presidencial y rol del ejecutivo en el debate legislativo:

Como es conocido, la sanción Presidencial se refiere a la firma del Presidente de la República al proyecto de Ley que ha sido debatido en 4 oportunidades por el Congreso de la República, el artículo 196 de la Ley 5ª establece las condiciones y los términos en que se realiza dicha remisión por parte del Presidente del Congreso, una vez recibido el proyecto de Ley el Presidente cuenta con unos plazos establecidos en los artículos 166 constitucional y 198 de la Ley 5ª, estos plazos se cuentan de conformidad con la extensión del articulado, de tal suerte que si el articulado es de 20 artículos o menos el Presidente cuenta con 6 días hábiles, si es de 20 a 50 contará con 10 días hábiles y si son más de 50 contará hasta con 20 días hábiles; una vez firmada se entiende como sancionada, la cual solo queda el requisito de la promulgación y publicación para adquirir fuerza vinculante en todo el territorio nacional y le es exigible a todos los ciudadanos como veremos más adelante, no obstante lo anterior puede pasar que el Presidente presente objeciones al proyecto de ley, estas objeciones son de 2 tipos.

- Objeciones presidenciales por inconstitucionalidad
- Objeciones presidenciales por inconveniencia.

Respecto de las **objeciones por inconstitucionalidad**, se plantean en virtud del principio de legalidad estricta, ya que el Presidente presenta objeciones sustentadas mediante escrito remitido al Presidente de la Cámara donde tuvo origen el proyecto en las cuales manifiesta la razón o razones por las que considera que un artículo o varios sean violatorios de la Constitución

En este sentido el Jurista **KARL LOWESTEIN**¹⁰ define este tipo de control como un control horizontal, estableciendo para el efecto que “los controles horizontales vistos estructuralmente, operan en el cuadro del aparato estatal dentro de uno y del mismo detentador de poder, o bien entre diversos detentadores de poder del mismo aparato y con igual jerarquía”, en consecuencia el control horizontal como su nombre lo indica, se refiere al juicio de razonabilidad Constitucional o política que realiza un órgano frente a sí mismo, o a otro en la misma escala de legalidad.

Complementando lo dicho, la Corte Constitucional¹¹ ha entendido que este tipo de control, lejos de ser un veto es un elemento de colaboración entre el ejecutivo y el legislativo que permite, en virtud del principio de legalidad estricta la creación de una norma que a futuro sea inaplicable por ser esta declarada inexecutable, por lo tanto, se busca

¹⁰ LOWESTEIN Karl, Derecho Constitucional, Trad. de Luis valladares Edit. Latinoamericana de publicaciones, Buenos aires p. 133.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-633 de 2016. Magistrado Ponente LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

corregir los yerros que pudo haber tenido dicha ley, razón por la cual no están circunscritas al capricho del Presidente sino que son un acto de Gobierno y como tal deben ser suscritas por el Presidente y por el Ministro del ramo correspondiente.

Su trámite es virtualmente parecido a los de las comisiones de conciliación, en tanto que una vez recibidas, el Presidente del Congreso designará a un grupo de Congresistas de una y otra cámara, los cuales realizarán un estudio de las objeciones y elaborarán un informe de ponencia para ser presentado ante las respectivas plenarias del Congreso.

En el evento en que las objeciones sean aceptadas, se procederá a modificar la ley, pero si son negadas, el Congreso cuenta con el término de 6 días hábiles para enviar a la Corte Constitucional las objeciones presidenciales, el informe de ponencia, las actas de sesión y la votación de uno y otro cuerpo legislativo. La Corte dispondrá de 6 días hábiles para decidir sobre dichas objeciones; en el evento en que la Corte declare fundadas las objeciones se dispondrá el archivo del proyecto, si la Corte declara infundadas dichas objeciones, entonces el proyecto deberá enviarse al Presidente de la República para su sanción obligatoria

Respecto de las **objeciones presidenciales por inconveniencia**, aplican en esencia las mismas actuaciones que las objeciones por inconstitucionalidad, es decir, se deberá firmar las objeciones por parte del Presidente y del Ministro del ramo, se expondrán los motivos y las causas de las objeciones las cuales pueden ser económicas, políticas, financieras, sociales, etc. Dichas causas pueden plantear la inconveniencia de la Ley frente a políticas públicas o de Gobierno que afecten seriamente el desarrollo de esa política, incluso el Presidente puede solicitar que la aplicación se haga a futuro estableciendo una fecha futura o incluso solicitar mayor deliberación sobre el tema.

Estas objeciones pueden versar sobre todo o una parte de la ley, incluso sobre un inciso que resulte problemático.

Su procedimiento es el mismo que las objeciones por inconstitucionalidad, pero sin el trámite de control previo que se realiza ante la Corte Constitucional. En caso de que el Presidente de la República no sancione el proyecto de Ley dentro de dichos plazos, ni formule objeciones frente al mismo, los artículos 168 Constitucional y 201 de la Ley 5ª establecen que el Presidente del Congreso deberá sancionarla.

Adicionalmente el Presidente de la República podrá solicitar durante todo el trámite o parte del mismo:

MENSAJE DE URGENCIA: Adicionalmente el Presidente puede solicitar mensaje de urgencia a los proyectos de Ley que presenta el Gobierno, dicha facultad se encuentra contenida en los artículos 163 constitucional y 191 de la Ley 5ª, esta solicitud puede hacerse para comisiones y plenarios y la cámara requerida tendrá hasta 30 días para aprobar dicha solicitud, una vez sea resuelta el proyecto de Ley será primero en la agenda, adicionalmente el Presidente puede solicitar mensaje de urgencia para el caso de primer debate a las comisiones permanentes, caso en el cual las comisiones sesionarán conjuntamente como ya se explicó.

MENSAJE DE INSISTENCIA, esto sucede cuando el Presidente ha solicitado previamente el mensaje de urgencia, caso en el cual el proyecto tendrá el carácter de prioritario y en consecuencia, se dispondrá la prelación en el orden del día, obligándolos a decidir sobre ese asunto, excluyendo cualquier otro tema de la agenda.

PRESENTACIÓN DE PROYECTO. Dicha presentación se hará con la firma del Presidente y del Ministro del ramo a que corresponda el proyecto en mención, para lo cual el Gobierno si lo considera conveniente, puede acompañar el proyecto a lo largo del proceso de realización de la Ley

DEFENSA DEL PROYECTO: para el efecto el Presidente puede solicitar sesión informal a efectos de que la plenaria o comisión puedan escuchar los argumentos de expertos o gremios o sindicatos o en general cualquier grupo que se encuentre interesado.

RETIRO DEL PROYECTO: en el entendido en que el Congreso modifique sustancialmente el espíritu del proyecto de Ley o apruebe circunstancias o requisitos que hagan inviable la existencia de la ley, el Presidente puede retirar el proyecto de ley.

Estas entre otras facultades que le asisten al Presidente y en general al ejecutivo, no obstante lo anterior el Presidente no podrá hacer presencia en las comisiones o en plenaria.

1.4.5. Publicación.

A efectos de entender el proceso de publicación, es menester traer a colación el Código Civil, que de manera prístina establece la diferencia entre promulgación y publicación, en efecto los artículos 11 y 12 de dicho Código establecen:

“ARTICULO 11. OBLIGATORIEDAD DE LA LEY - MOMENTO DESDE EL CUAL SURTE EFECTOS. La Ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación.

ARTICULO 12. PROMULGACION DE LA LEY - CONCEPTO. La promulgación de la Ley se hará insertándola en el Diario Oficial, y enviándola en esta forma a los Estados y a los territorios. En la capital de la Unión se entenderá promulgada el día mismo de la inserción de la Ley en el periódico oficial; y los Estados y en los territorios, tres días en la capital y quince en los distritos y poblaciones de que se compongan, después del recibo de dicho periódico por el Presidente o gobernador del Estado o por el prefecto del territorio respectivo; a cuyo efecto estos funcionarios harán llevar por su secretario un registro especial en que se anote el día del recibo de cada número del Diario Oficial, dando aviso de ello por el inmediato correo a la secretaría de lo interior y relaciones exteriores”.

Y es que la promulgación es diferente a su publicación, aunque dichos pasos puedan llegar a ser confusos.

La promulgación es un acto jurídico de trámite, habida cuenta que esta se surte a partir de la firma de la Ley (sanción), y una vez firmada el Presidente de la República deberá enviar el texto legislativo sancionado a que este sea publicado en el diario oficial. Dicha promulgación SOLO SE HARÁ PÚBLICA y por ende solo produce efectos erga omnes, a partir del momento de la publicidad, es decir a partir de momento en que esta se inserta en el diario oficial y este se distribuye, caso en el cual se considerará promulgada a

partir del momento en que es conocida, lo anterior de conformidad con los artículos 165 y 189 constitucionales y 196 de la Ley 5ª.

La anterior distinción la hago a efectos de entender la vigencia de la Ley y sus reglas, que son de todos conocidos.

2. CAPITULO DOS.

2.1. ORIGEN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.

Para hablar de los vicios de inconstitucionalidad, se requiere previamente hablar del control constitucional, ya que los vicios desarrollan en específico la necesidad de pronunciamiento de la Corte, en tal virtud, a título de símil el control es el vehículo en el que se mueven los vicios de constitucionalidad; Corolario, es importante entender el control de Constitucionalidad y el contexto político – social en el que este se desarrolló, pues los hechos de naturaleza política comportan la obligatoria creación de mecanismos, figuras e instituciones políticas y judiciales que permitan establecer garantías y restricciones a los abusos del dignatario, por tal razón esta necesidad de un límite al detentador del poder a través de los jueces, y el Parlamento en primera instancia, es que surgen mecanismos de defensa popular judicial que permiten salvaguardar los derechos del pueblo y cuyo único fin no es otro que protegernos de los abusos del poder y del soberano.

Como primer contrapeso se crea el Parlamento y desde el inicio de nuestros orígenes como civilización, se ha buscado un Congreso que pueda establecer dichas garantías, es así como se observa en la cultura Sumeria el establecimiento de un consejo de ancianos, y más adelante el Senado Romano, sin embargo y como producto de la creación de nuevas funciones y nuevas fuentes de poder derivadas del nacimiento de teorías como la del poder Divino entregado a un solo gobernante o la teoría del derecho natural del gobernante, el

Congreso deja de existir para dar paso a una dictadura de facto donde el soberano tenía facultades legislativas y judiciales.

Posteriormente, en Inglaterra se empezó a gestar una serie de movimientos de orden social y político en la que se buscaba limitar el poder conferido al gobernante o; por lo menos, la garantía de ciertos derechos a la población que no pudieran ser objeto de vulneración del dominante. En este sentido es importante tener en cuenta que a partir de la CARTA MAGNA de 1215 se empezó a generar un control para las decisiones del Rey, dicho control buscaba permitir a las personas el poder de opinión a las decisiones que eran vox populi, es decir a las decisiones que afectaban a la totalidad del pueblo, no obstante lo anterior, el profesor Gonzalo Ramírez Cleves, considera que la CARTA MAGNA es uno de los 3 elementos que permitieron en términos reales crear un sistema de control constitucional que permitiera construir realmente garantías ciudadanas, así las cosas considera el profesor Ramírez ¹²que:

“...el sistema político inglés, por ejemplo, a partir del siglo XII desarrolla el concepto de CHARTTA, término que todavía se utiliza para referirse a constitución. Así en 1110 con Enrique I se elabora la CARTA DE LA LIBERTAD, en 1215 con Juan Sin Tierra se elabora la MAGNA CHARTTA y en 1295 se elabora el ESTATUTO DE TALLAGIO NON CONCEDENDO, que han dado origen a la teoría que es a partir de esas fechas que se puede hablar propiamente de constitución, ya que son pactos escritos que limitan el poder o la autoridad concediendo derechos y garantías a determinados grupos o personas”.

¹² LIMITES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA, Ramírez Cleves Gonzalo, ed Universidad

Y es que el control constitucional es precisamente una forma de limitación a las decisiones del soberano, entendiéndose por este el que detenta el poder, llámese Presidente, primer Ministro o Rey, incluso el Congreso en los regímenes Modernos, en tanto que en muchos sistemas parlamentarios el detentador Real del poder es el Congreso.

Y frente a estas decisiones que se dan por parte del soberano, se requiere con urgencia la existencia de un contrapeso que permita la real ejecución y disfrute de los derechos, para nadie es un secreto que los Constitucionalistas nacemos desde tiempos inmemoriales porque tenemos un miedo legítimo al Estado, y a los detentadores del poder; precisamente esa es la razón de ser de nuestra ciencia y por demás, nuestro objeto de estudio, así las cosas; creemos que la visión del ESTADO LEVIATAN DE Thomas Hobbes¹³ entendido este como la sumisión ciega de los ciudadanos a través de la cesión de sus derechos individuales y políticos a un solo hombre o grupos de hombres para que este ejerza el poder absoluto y el dominio pleno sobre la población, con el derecho de crear y ejercer las leyes a cambio de protección, paz, y la ilusión de una vida decorosa, de ese Estado central, totalitario, todo poderoso.

Es sin duda alguna la peor de las aberraciones que se pueden pensar; de hecho, cuando cobra vida este Estado Leviatan se ha demostrado que solo produce miseria, totalitarismo y una élite poderosa que disfruta de los mayores lujos y abusos mientras la población reprimida es abusada y condenada a la pobreza, y así lo prueba la historia, no solo en antiquísimas culturas o épocas, sino también en el momento vigente; a título de ejemplo pensemos en los países que han adoptado el populismo o el colectivismo como elemento de construcción y control social, así las cosas, la existencia de sistemas políticos

¹³ LEVIATAN O LA MATERIA, FORMA Y PODER DE UNA REPÚBLICA ECLESIASTICA Y CIVIL, Hobbes Thomas,

como el Chino (la China de Mao Tse Tung), la U.R.S.S., el Cubano, el Venezolano o el Coreano del Norte, no solo representa un retroceso en lo cultural, lo económico, lo social y lo político, sino que además repugna en tanto que son sistemas que no garantizan los derechos de los ciudadanos, y que además imponen retóricas de mesías salvadores que se apropian de los derechos y la posibilidad de realizar oposición al gobernante, volviendo a ese... un Estado Leviatán de facto.

Ahora bien, los regímenes democráticos comportan la ventaja de una serie de pesos y contrapesos que permiten establecer un sistema cierto de protección a los derechos fundamentales y políticos que eliminan los abusos del gobernante creando una serie de límites al ejercicio del poder, y mientras más democrático sea el Estado, mayores contrapesos tendrá dicho Estado, siendo el principal el Parlamento.

Como ya lo habíamos evaluado, el derecho del Congreso de crear normas que permitan desarrollar a una sociedad sus derechos y ejercer control sobre el poder crea una fuente de control importante y coherente con el ideario democrático, pues su límite al ejercicio de estas funciones se encuentran plasmadas en la Constitución que contiene el ideario Republicano de derechos y deberes de la sociedad y del mandatario.

También lo es la existencia de una rama judicial independiente y autónoma que permita la materialización de estos derechos y le dé la oportunidad de debatir en justicia sus derechos frente al caso aplicable, en este sentido creemos que esta es la vocación ontológica del control constitucional, pues este control no solo está circunscrito a los fallos judiciales o a los tribunales sino que este se extiende a lo largo y ancho de todo el sistema político.

2.2. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD:

2.2.1. CONTROLES HORIZONTALES Y VERTICALES:

Siguiendo los lineamientos de KARL LOWESTEIN vemos el control a partir del ejercicio de autoridad y no de una función judicial, es decir, este control es ejercido a partir de las funciones que cada rama del poder público le corresponde y en términos reales mezcla el control político con el jurídico, el profesor Lowestein habla de los controles Horizontales y Verticales.

LOS CONTROLES HORIZONTALES se dan en virtud de las funciones cruzadas que les asiste a varios entes gubernamentales que tienen la misma jerarquía, si bien es cierto este control es más evidente en los regímenes federales como el Alemán o el Norteamericano, no obsta para evidenciarlo en nuestro sistema político, como es el caso de las funciones cruzadas de control que tiene el legislativo frente al ejecutivo, o las funciones de objeción y participación en la elaboración de las leyes del ejecutivo frente al legislativo, o la facultad de declarar tensión de derechos frente a un caso del judicial frente al legislativo o el ejercicio de control constitucional frente a las leyes o los decretos del ejecutivo. **KARL LOWESTEIN**¹⁴ define esta realidad así: “los controles horizontales vistos

¹⁴ LOWESTEIN Karl, Derecho Constitucional, Trad. de Luis valladares Edit. Latinoamericana de publicaciones, Buenos aires p. 133.

estructuralmente, operan en el cuadro del aparato estatal dentro de uno y del mismo detentador de poder, o bien entre diversos detentadores de poder del mismo aparato y con igual jerarquía”.

Este control en términos reales se estructura respecto del análisis de razonabilidad constitucional que la asiste a cada rama del poder público, tanto en el caso de un ejercicio interno de legalidad como en el ejercicio de las funciones constitucionales respecto de los demás órganos del poder público que se encuentra en la misma escala de legalidad.

Contrario sensu, **EL CONTROL VERTICAL** se fundamenta en la división jerárquica de la rama objeto de análisis, como es el caso de la rama judicial donde las actuaciones de los jueces son objeto de control por parte de los Tribunales y los de aquellos por parte de las Cortes u órganos de cierre, o el caso de la comisión primera que evaluará la vocación constitucional de una Ley y esta a su vez será objeto de evaluación por parte de la Plenaria.

LOWESTEIN¹⁵ define así el control vertical: “Bajo el concepto de controles verticales caen aquellos tipos o modos de acción e interacción que se producen dentro del cuadro de la dinámica política entre todos los detentadores del poder instituidos y la sociedad en su totalidad; vistos estructuralmente, los controles verticales operan en el cuadro de la maquinaria estatal en el sentido de que estos funcionan en una línea ascendente

¹⁵ LOWESTEIN Karl, Derecho Constitucional, Op.Cit. p.353.

y descendente entre la totalidad de los detentadores del poder instituidos y la comunidad como tal o algunos de sus componentes”.

Otra forma de control vertical que yo denominaría como control *SINE QUA NOM* se refiere a los derechos fundamentales, en tanto que este límite es inaccesible, de absoluto respeto y de imposible objeción por parte del Gobernante en cualquier rama del poder público, cuando quiera que se trata de límites del poder que están fuera de la intervención por parte del Estado en tanto que estos límites se establecen en atención de los destinatarios de esos derechos.

Es así como **LOWESTEIN**¹⁶ advierte que, “los derechos individuales y las garantías Constitucionales constituyen zonas de autodeterminación individual, inaccesibles al poder del Estado”.

2.2.2. CONTROLES INTRA E INTERÓRGANOS

Esta división conceptual es de vital importancia para el desarrollo posterior de este trabajo de postgrado, se fundamenta en la estructura de la tridivisión de poderes propuesta por Montesquieu

¹⁶ LOWESTEIN Karl, Derecho Constitucional, Op. Cit. P. 396.

EL CONTROL INTERORGANOS se asienta en la tridivisión de poderes propiamente dicha y el concepto de colaboración armónica entre las diferentes entidades del Estado como lo establece el artículo 113 de nuestra constitución, y es que se refiere a las funciones compartidas que a cada uno de estos les asiste para la expedición de un acto de poder estatal, así las cosas, por ejemplo y atendiendo a las realidades de nuestro país, actualmente se encuentra en trámite la reforma a la salud, la cual fue presentada por el ejecutivo, sobre algunas partes del articulado se hicieron consultas a la sección quinta del Consejo de Estado, y actualmente están esperando el concepto de viabilidad fiscal que debe expedir el Ministerio de hacienda. **LOWESTEIN**¹⁷ considera que este tipo de control funciona muy bien y es necesario en un sistema político parlamentarista, debido a su interdependencia por integración, son también eficaces, aunque en grado menor en el presidencialismo, “debido a la interdependencia por coordinación; operan débilmente o no existen en el Gobierno de asamblea”.

El éxito del funcionamiento de estos controles interórganos depende de la organización constitucional que tenga el Estado respecto de las funciones asignadas a cada ente estatal pero que se complementan y se acoplan en virtud de las actuaciones transversales que les sirve de sustento normativo y de ejecución constitucional, siempre y cuando se presenten en el mismo grado jerárquico, algunos ejemplos más significativos de este tipo de control se presenta cuando la Corte Constitucional ejerce el control previo como es el caso de las leyes estatutarias. O en el caso de la declaratoria de los Estados de excepción, donde el Congreso se reúne por derecho propio y aún si se encuentran en vacancia legislativa para evaluar políticamente las decisiones sobre el Estado de excepción y a su turno, la Corte Constitucional ejerce el control automático de los decretos que se refieren a la declaratoria de este Estado de excepción. Otro ejemplo se refiere a las

¹⁷ LOWESTEIN Karl, Derecho Constitucional Op. Cit. P.253

objecciones presidenciales por inconstitucionalidad, habida cuenta que de ellas participan las cabezas de las 3 ramas del poder público, en tanto que una vez el Presidente haya planteado el conflicto constitucional de tal reglamento de ley, la Corte Constitucional evalúa la veracidad de la objeción y el Congreso plantea un veto aprobatorio o negativo a tales objeciones como en capítulo precedente expliqué

En cuanto a los **CONTROLES INTRAÓRGANOS** se dan cuando el órgano o institución que debe llevar a cabo un acto jurídico de relevancia examina su propia decisión, o cuando requiere la aprobación de los demás miembros del poder para proferir una decisión. **KARL LOWESTEIN**¹⁸ explica así este concepto: “Todas las acciones conscientes en el proceso político están llevadas a cabo por personas individuales. Ninguna institución o ninguna autoridad funciona automáticamente o por sí sola, sin que se intercale la acción de una o varias de estas personas individuales, que son las que llevan a cabo dicha función.

Pero es un rasgo esencial del Estado Constitucional, que el ejercicio del poder político este “despersonalizado” y que el poder aparezca en forma de institución. La despersonalización o institucionalización del poder está fundamentada en la institución o en el cargo como tal, entonces la decisión proferida por esa persona se considera tomada por la institución, y por lo tanto estas personas que ostentan el poder por que han sido jurídicamente designadas como detentadoras de cierto cargo o institución, están sujetas a

¹⁸ LOWESTEIN Karl, Derecho Constitucional, Ed. Latinoamericana de Publicaciones, Op. Cit. P.235.

las funciones del cargo o de la institución, existiendo otros en el mismo orden o jerarquía que avalan tal decisión en nombre de la institución”.

El control intra órganos se evidencia en el sistema Parlamentario cuando las decisiones del primer Ministro requieren aprobación de los demás ministros del gabinete para tomar una decisión política o para enviar el proyecto al Rey.

En Colombia se demuestra el control vertical intraórganos, a través de las funciones competenciales de la rama judicial, cuando quiera que la constitución establece competencias concurrentes en varios estamentos de un mismo órgano, en tal virtud el Estado prevé que éste se regule a sí mismo, ya que el control lo ejerce el mismo órgano a través de dos modalidades a saber:

El primero se da con ocasión de los recursos judiciales a los que las partes tienen derecho o cuando se produce el grado de jurisdicción denominado consulta, el medida en que el Ad Quem revisa las actuaciones del A Quo, ya que al ser jerárquicamente inferior, el superior puede estudiar las decisiones tomadas por el inferior de instancia llegando incluso a revocarlas en todo o en parte.

Si bien es cierto, en Colombia no existen juzgados Constitucionales, no menos cierto es tampoco, que el virtud del control difuso cualquier juez tiene la investidura de Juez Constitucional y sus decisiones tienen efectos de cosa juzgada constitucional, como

ocurre con la acción de tutela, o las acciones populares o de grupo, permitiendo que sean revisadas por el superior jerárquico y su órgano de cierre será la Corte Constitucional

Otro caso en donde eventualmente operaría este tipo de control, es (en LATO SENSU) cuando los proyectos de Ley pasan a ser estudiados por las plenarias de cada cámara después de haberse surtido el trámite de la plenaria, que bien pueden aprobar algún tipo de reglamento legal, pero que en plenaria los Congresistas pueden decidir en contra o modificarlas por considerar que es inconstitucional; si bien es cierto que el sentido estricto no se puede afirmar que la plenaria ejerce el control constitucional del proyecto, no menos cierto es tampoco que esta circunstancia se puede presentar, en tanto que está dentro del marco competencial de la plenaria negar el proyecto, incluso por razones de inconstitucionalidad demostrada o por inconstitucionalidad sobreviniente.

2.2.3. CONTROL DIFUSO Y CONCENTRADO

El autor que le da nombre a esta clasificación de control es el jurista Italiano **MAURO CAPELLETTI**¹⁹ quien en su obra **EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL DERECHO COMPARADO**, sostuvo que el sistema Norteamericano de control constitucional no puede aducirse como un sistema definido y objetivo de control en tanto que la tarea de ser juez constitucional le corresponde a cualquier juez, sin importar la jerarquía o la especialidad que tenga este juez,

¹⁹ CAPELLETTI, Mauro, *El Control judicial de la Constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado*, México. 1966, p. 43.

por tal razón, al no existir un juez previamente determinado, sino que es una tarea que se ejerce en conjunto por todos los jueces, se trataría de un sistema difuso.

Contrario sensu, y respecto del **CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD**, se evidencia que en muchos países del mundo si existe un sistema riguroso, Kelseniano en donde las facultades competenciales de juez constitucional si le están previamente señaladas a un juez en específico de jerarquía determinada y que solo a él le compete ejercer el control de las leyes y de las sentencias en específico que sean violatorias de la constitución, este sistema es un sistema concentrado, previamente determinado y radicado en un Tribunal o Corte Constitucional.

La segunda característica predominante de este sistema, son los efectos de sus fallos, habida cuenta que estos producen efectos *erga omnes*, teniendo en cuenta que estas decisiones anulan el acto jurídico contrario a la Carta, es decir, tiene efectos *ex - nunc*.

En igual sentido, se acepta que se puede llegar a este Tribunal Constitucional por vía de acción, es decir; por demanda donde claramente se señale la violación de una norma jerárquicamente inferior a la Carta Magna.

Respecto del **CONTRO DIFUSO** de Constitucionalidad debemos recordar que este sistema nace en el siglo XIX. Con el advenimiento de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, por eso se le conoce también como el sistema Americano de Control, y que se ha venido desarrollando jurisprudencialmente.

El primer desarrollo jurisprudencial se le debe al Juez **JOHN MARSHALL**, dentro del proceso **MARBURRY –Vs- MADISON**, una Sentencia admirable que nunca dejaré de elogiar, donde expresamente manifestó:

“...el sagrado principio que se sostiene, que es esencial a todas las constituciones escritas, de que una Ley repugnante a la Constitución es nula, y de que los órganos judiciales, como también los otros órganos, están vinculados por el texto Constitucional. (...) si los jueces deben tomar en cuenta la Constitución y ésta es superior a toda Ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambos sean aplicables”.

El segundo precedente que a mi juicio resulta muy importante para el desarrollo del control difuso fue el **COMMONWEALT-CATON** en 1872; en el cual la Corte de Apelaciones del Estado de Virginia declaró que no se podía aplicar una Ley Estatal que le negaba al ejecutivo la facultad de otorgar perdón, contrario a lo que la Constitución establecía.

Si bien es cierto, ha habido otros precedentes que determinan el nacimiento y la consolidación de esta figura, como por ejemplo la Sentencia *baggeti vs bullini* de 1864 que se refiere a las leyes de juramento en Estados Unidos y en el Estado de Washington, consideramos que el elemento material característico de esta figura se materializa a partir

del “judicial review of constitutionality”, consagrado en el artículo III, sección 2ª de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, que textualmente dice:

“El poder judicial se extenderá a todos los casos, en Derecho y equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad”.

Y es en tal virtud que cualquier juez ostenta el derecho de declararse juez constitucional a sí mismo y en consecuencia dejar de aplicar una Ley que considere inconstitucional, y es que frente a una eventual tensión de derechos en los que una Ley niegue de facto la existencia o el goce o el ejercicio de algún derecho constitucionalmente reconocido, el juez debe dejar de aplicar esta ley, no obstante lo anterior, debemos advertir que esta decisión SOLAMENTE PRODUCE EFECTOS INTERPARTES.

Para esto el juez, a petición de parte UNICAMENTE debe abrir un INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDAD, y que procesalmente también conocemos en Colombia como incidente, la particularidad de este incidente es que este primero se tramita la objeción o incidente y después de fallado el incidente se procede con el asunto en cuestión.

Es menester aclarar que la norma no queda eximida del ordenamiento legal, sino se vuelve inaplicable para las partes, ya que la declaración positiva del inocente solo produce efectos interpartes, es decir; efectos ex-tunc.

No obstante lo anterior, se debe dejar en claro que si esta decisión proviene de la Suprema Corte Federal, tanto los argumentos (ratio decidendi) como el fallo mismo debe servir como precedente para futuras disputas en donde haya este tipo de tensión de derechos. **MAURO CAPELLETTI**²⁰ define este hecho así:

“... a pesar de que el sistema difuso de control de Constitucionalidad le otorga a todos los jueces la facultad de decidir sobre la inaplicabilidad de la norma, a la larga atañe a la Corte Suprema tal decisión que tiene efectos obligatorios para todos los demás jueces y no solo para este caso particular”.

²⁰ CAPELLETTI Mauro, Proceso, ideologías, sociedad. Buenos Aires, Edit Europa- América, 1974

El jurista **HECTOR FIX ZAMUDIO**²¹ concluye la naturaleza de esta forma de control de la siguiente manera:

“sus elementos esenciales consisten en el control por órgano judicial difuso – es decir -, por todos sus jueces, sin importar la jerarquía para resolver las cuestiones de Constitucionalidad de las leyes, siempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes; y aún de oficio por el juzgador respectivo, en una controversia concreta; lo que incorrectamente se ha calificado como “vía de excepción”, pero que los procesalistas italianos han denominado con mayor técnica como ‘cuestión prejudicial’, o también incidental, tomando en consideración que el problema de Constitucionalidad debe tomarse como un aspecto incidental – procesalmente hablando – de la controversia principal en la cual se plantea”.

2.2.3.1. Excepción de Inconstitucionalidad

En Colombia hemos creado nuestra propia versión del incidente de inconstitucionalidad denominado **EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**, y cuya creación, algunos le atribuyen al Maestro de Maestros LUIS CARLOS SACHICA.

²¹ HECTOR Fix Zamudio, La Justicia Constitucional en Ibero América, ponencia presentada dentro del marco del segundo coloquio Ibero Americano de Derecho Constitucional, Edit. U.E.C. p.442.

Inicialmente se trató de una figura jurisprudencial, pero que hoy tiene asiento en el artículo 4 constitucional el cual establece:

“...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”.

Colombia ya existía un antecedente sobre la creación de esta figura de la **EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD**, cuando frente a las famosas leyes de Burgos; Belalcázar ordenó suspender la ejecución de estas leyes por considerarlas injustas debido a que imponían excesivos trabajos a los indios, por lo tanto aplicó la formula “se obedece pero no se cumple”²²

Con la Ley 153 de 1887 en el artículo 6, se generó la presunción de constitucionalidad de las leyes pero declarada insubsistente por la Corte Suprema de Justicia de 1911²³

En 1910 con el artículo 40 del Acto Legislativo # 3, se invistió a la Corte Suprema de Justicia la facultad de declarar la Constitucionalidad de las normas. En este mismo acto

²² CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, La excepción de inconstitucionalidad, Bogotá, Edit. Jurídica RADAR, 1994. p. 19.

⁴⁸ CORTESUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Agosto 17 de 1911, M.P. SUAREZ MURILLO.

Legislativo se incluyó el principio general de la supra legalidad Constitucional y que hoy en día subsiste con los mismos términos, “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se aplicarán de preferencia las disposiciones Constitucionales”. Esta norma facultaba a los funcionarios públicos, cualquiera que fuera su especialidad o rama del poder público a desconocer una norma si en el concepto de este funcionario resultaba inconstitucional.

De tal forma que se refuerzan los principios de supralegalidad y supremacía Constitucional, al poder inaplicar la norma incompatible con la Carta.

Sin embargo en 1915 surgió un revés frente a la evolución de la excepción; ya que en esta fecha la Corte Suprema de Justicia profirió un fallo trascendental²⁴, en el cual se le prohibió al Presidente de la República utilizar o aplicar la excepción de inconstitucionalidad, en todos los casos en los que le haya dado el visto bueno a la Ley objeto de excepción mediante la sanción presidencial sin haberle formulado objeciones por inconstitucionalidad, ya que esto significa que previamente fue aceptada como Constitucional.

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 17 de julio de 1915, M.P. JUAN N. MENDEZ

En 1958 la Corte²⁵ fijó los requisitos para proceder a aplicar la Excepción de inconstitucionalidad, estableciendo que las disposiciones legales (la norma Constitucional y la norma que se confronta), debían ser de la misma materia, tanto sustancial como formalmente y tener la misma identidad.

La creación de esta excepción ha sido lenta y de mucho debate, en principio porque no se entiende su naturaleza gnoseológica, habida cuenta que esta aplicación se presta para confusiones. **DIDIMO PAEZ**²⁶, es la persona que mejor explica esta situación, haciendo una clasificación de la excepción de inconstitucionalidad diferenciando entre “Técnica de excepción, defensiva de inaplicabilidad y Técnica ofensiva o por acción”.

La técnica de excepción puede ser el mismo control constitucional en tanto que equivale al sistema de control difuso, ya que frente al caso concreto, la parte interesada solicita la inaplicación de la norma a efectos de lograr la garantía de su derecho, según quien la solicite puede ser “defensiva por petición de parte”, cuando el demandante es la parte afectada, como lo hacen en Estados Unidos, Argentina, México (a través del control Constitucional de amparo) como es el caso de la acción de tutela.

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 18 de Agosto de 1958, Mag. Pon Dr. PEDRO PACHECO OSORIO.

²⁶ PAEZ VELANDIA, Didimo, El Control de la Constitucionalidad en los países Latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia, Bogotá Edit, de la revista de Derecho Colombiano, 1985, p. 144.

La “**defensiva por petición de organismo oficial**” se presenta cuando el solicitante es un ente público, como es el caso del Defensor del Pueblo o el Ministerio Público que frente al caso concreto solicitan al juez inaplicar la norma.

La “**defensiva oficiosa**” se aplica por decisión del juez haciendo uso del artículo 4 constitucional. Esta técnica posee dos modalidades:

La defensiva oficiosa Directa (Excepción de inconstitucionalidad), que sucede cuando el juez por su propia iniciativa y sus propios conocimientos, utilizando el poder y la autonomía que tiene, decide dejar de lado la norma por considerarla inconstitucional.

Creemos que la mejor definición de excepción de inconstitucionalidad la prevé **DIDIMO PAEZ**²⁷ el cual la puntualiza como:

“la vía procesal que establece directa o indirectamente la Constitución, mediante la cual el funcionario público, al resolver una cuestión propia de su competencia legal, encuentra - a petición de una de las partes que intervienen en el proceso u oficiosamente – que la norma jurídica aplicable al caso concreto, está en oposición con una cualquiera de las de la Constitución, la inaplica en la solución de

²⁷ PAEZ VELANDIA, Didimo. El Control de la Constitucionalidad en los Estados latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia , Bogotá , Edit. De la Revista de Derecho Colombiano”, 1985. p.

ese caso específico, continuando vigente la norma para los demás casos que puedan presentarse”.

El nombre de “Excepción de Inconstitucionalidad”, ha sido fuertemente criticado por los doctrinantes nacionales partidarios de llamarla “excepción de inaplicabilidad”. Ya que lo que ocurre es que la norma deja de aplicarse en el caso.

Es importante tener claras las diferencias entre la Acción de Inconstitucionalidad o de Inexequibilidad y la Excepción de inconstitucionalidad. Mientras la primera puede ser ejercida por cualquier ciudadano “para que por vía general, se decida si alguno o algunos de los actos a que se refiere esta última disposición es constitucional o no”, sus efectos son *erga omnes* y su decisión solo puede ser pronunciada por el Tribunal competente; para aplicar la excepción es competente cualquier funcionario con jurisdicción que deba aplicar la ley, y sus efectos son exclusivos para el caso en que se está examinando, este fue el criterio de la Corte Suprema de Justicia en el fallo del 25 de Marzo de 1961 (Magistrado ponente: **JULIO RONCALLO ACOSTA**)

Analizando las diversas doctrinas de tratadistas Colombianos frente a esta particular forma o técnica de control constitucional, se afirma como lo hace **RODRÍGUEZ DE PIÑERES**, citado por el **Dr. CHARRY**²⁸, que aun las autoridades inferiores pueden dejar de inaplicar las leyes, lo contrario de lo considerado por el **Dr. ARAUJO GRAU**, quien

²⁸ CHARRY URUEÑA, Jaime, Derecho Constitucional General, Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1985, p. 48.

considera que esta facultad es exclusiva de los jueces. Para el **Dr. GABRIEL MELO GUEVARA** la Excepción de inconstitucionalidad puede ser pedida por cualquier ciudadano ante cualquier funcionario público con jurisdicción y sus efectos serán exclusivamente en el caso tratado. Para el **Dr. JAIME VIDAL PERDOMO**, “es la facultad que tienen las partes ante el juez para solicitar la inaplicación de una Ley violatoria de la Constitución”²⁹.

Contrario a todas estas posiciones se encuentra la del **Dr. LUIS CARLOS SÁCHICA**, quien sostiene que la única obligación de los funcionarios administrativos es la de “cumplir y hacer cumplir las leyes”, por lo tanto no pueden negarse a inaplicarlas.³⁰ Personalmente también considero que esta situación puede ser perjudicial y violatoria del principio de seguridad jurídica, ya que un funcionario administrativo no ostenta la facultad de Jurisdictio, sino la facultad de Imperium.

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, existió un proyecto que contemplaba la posibilidad de otorgarles a las autoridades públicas, bien sean judiciales o administrativas un control por vía de excepción. Para el evento de que si se encontraban frente a dos normas contrarias, deberían optar por la de mayor jerarquía.

²⁹ VIDAL PERDOMO, Jaime, Derecho Constitucional General , Bogotá , Edit. Universidad Externado de Colombia , 1985, p. 48.

³⁰ SACHICA Luis Carlos. El Espectador. 25 de Julio de 1989, citado por CHARRY URUEÑA. Op cit. p. 88.

El ex constituyente **Dr. JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO**, presentó un proyecto de excepción de inconstitucionalidad, en donde la inaplicabilidad del acto se extendiera a la incompatibilidad de leyes, decretos, y actos administrativos en general.

El **Dr. HENAO HIDRÓN**, citado por **JUAN MANUEL CHARRY**³¹ comenta: “Por tratarse de una excepción, que por vía de defensa, se ejerce por la autoridad competente de oficio o a petición de parte, sus efectos se limitan al caso controvertido. Habilita por lo tanto, a los funcionarios encargados de aplicar normas jurídicas (Magistrados, Juez, Gobernador, Alcalde, etc.), para preferir la norma Constitucional en el asunto sometido a su decisión, en vez de cualquier Ley en sentido material, en el evento de hallarse ambas en contradicción y dada la supremacía que ostenta la primera en el ordenamiento positivo del Estado”.

La doctrina y la jurisprudencia Nacional, se han puesto de acuerdo en señalar que solo ciertas autoridades gozan de competencia para aplicar la Excepción de Inconstitucionalidad, conformadas por jueces de la República y Funcionarios con jurisdicción, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en fallo del 20 de Noviembre de 1967. “La oportunidad para proponer excepciones de inconstitucionalidad la tienen las partes interesadas en el proceso que se sigue ante los jueces para definir el Derecho... ”, igualmente la tesis de la Corte Suprema de Justicia se ha encaminado a que los jueces

³¹ CHARRY, URUEÑA, Op. cit. p.113.

apliquen la Excepción de Inconstitucionalidad, conforme lo reitera en el fallo del 15 de Marzo de 1971 “La propia Carta impone al Juez, cualquiera que sea su categoría - Presidente, Congreso o Jueces. – Adoptar para el caso concreto que decide y donde el conflicto surge, la excepción de inconstitucionalidad a que alude el art. 215”.

De esta forma se concluye que el funcionario competente para aplicar la Excepción de Inconstitucionalidad es aquel funcionario con jurisdicción, cuyo deber sea aplicar la ley.

3. CAPITULO TRES.

3.1. VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD.

Como ya habíamos estudiado, el derecho legislativo está compuesto de múltiples pasos o ritualidades que permiten establecer el valor de la Ley en su contenido, materia, naturaleza y procedimiento; la naturaleza de dichas ritualidades fue llamada por Benthan³² como táctica parlamentaria, en el entendido de la existencia de procesos internos que se desarrollan para la expedición de la ley, su inobservancia genera como consecuencia la declaratoria de inconstitucionalidad.

Como consecuencia de esto, surge el control de constitucionalidad, en tanto que este se refiere al establecimiento de mecanismos tendientes a evitar el ejercicio abusivo o no conforme a derecho del poder, por lo que uno de sus principales objetivos es el control de las normas tanto en sus actos de creación como de aplicación y contenido.

³² Principios de legislación y codificación, ed. de Francisco Ferrer y Valls, 2 vols., Madrid, 1834.

En tal virtud, y siguiendo los postulados de Benthan, entonces se necesitará un análisis sobre las formas del procedimiento y el contenido de las mismas que permitan crear una técnica de aplicación jurídica sobre esa táctica parlamentaria, pues; como ya lo hemos insistido en otras oportunidades, el mecanismo jurídico procesal del control, será la existencia de vicios de constitucionalidad que determinen el cumplimiento de la viabilidad ritual de la ley, que además determina una especie de control político.

En Colombia no existe un libro que haga un estudio formal y académico sobre los vicios de constitucionalidad propiamente dichos, convirtiendo a esta materia en un discurrir más casuístico que académico, por tal razón hemos hecho el análisis sobre más de 200 sentencias a efectos de lograr un sistema de postulados que permitan entender la doctrina probable del trámite legislativo, la Ratio Decidendi y su precedente.

Como consecuencia podemos concluir que una norma tanto en su contenido como en su forma puede ir en contra de la Constitución, lo cual genera vicios de constitucionalidad, y esto sucede cuando el órgano con competencia jurídica para dictarla infringe un límite impuesto por la constitución o el bloque de constitucionalidad, generando así un vicio de la expedición de la ley.

La historia del Control Constitucional se remonta desde el acto legislativo 03 de la reforma constitucional de 1910³³, en la que se creó la figura la acción pública de

³³ A.L. 03 de 1910: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: Decidir definitivamente sobre la inexecutable de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación".

inconstitucionalidad, la cual permitía que cualquier ciudadano pudiera demandar la Ley por considerar que era violatoria de la constitución ante la Corte Suprema de Justicia.

Los vicios se clasifican en:

A. MATERIALES O DE FONDO

B. DE PROCEDIMIENTO. que a su vez se dividen en:

B.1. DE TRÁMITE O DE FORMA.

B.2. DE COMPETENCIA

B.3. SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.

3.1.1. VICIOS MATERIALES O DE FONDO

La primera concepción de control material de las leyes en oposición al control de procedimiento se encuentra directamente en la constitución, pues; mientras que los artículos 241,1 y 242.2 establecen que el análisis que debe realizar la Corte respecto del poder de reforma es “de vicios de procedimiento en su formación”, la misma Constitución establece en su artículo 241 Num. 4 Que respecto de las leyes el juicio de constitucionalidad

implica tanto el control sobre el procedimiento como el control sobre su contenido material, no obstante lo anterior, es de destacar que la Constitución ha establecido valores principales y ontológicos que determinan la sumisión de la Ley ante la Constitución, como es el caso del artículo 4 constitucional que establece que en un eventual conflicto entre C.N. y la Ley se aplicará en todo caso la Constitución.

Es así como entendemos que los vicios materiales se refieren al incumplimiento o inobservancia de las disposiciones sustanciales cuando afectan una norma superior de la constitución como lo es la inobservancia a cláusulas relativas a derechos fundamentales, garantías constitucionales, principios constitucionales, prohibiciones al legislador, incluso casos donde la Corte ya se ha pronunciado y por ende violaría el principio de la cosa juzgada constitucional.

La Corte Constitucional en sentencia C-501 de 2001³⁴, dejó claridad de la razón de ser del vicio material, en tanto que estableció que los vicios materiales se producen cuando hay una contradicción entre la constitución y la ley, es decir “*cuando los ámbitos de ejercicio de la capacidad configuradora del Congreso vulneran la materialidad del Texto Fundamental*”.

Por lo tanto, el desconocimiento de los contenidos materiales de la constitución por parte de un texto legal implica violación directa de la misma por parte del Congreso, en tanto que hay una prohibición expresa sobre el particular y que ataca directamente a una norma o un principio constitucional, igual situación existe cuando el Gobierno Nacional expide los decretos legislativos o decretos con fuerza de ley; en el evento en que se trate de facultades de legislador extraordinario.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-501/01 Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Corte Constitucional, Sentencia C-501/01 Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 52 (parcial), 105, 106, 108, 111, 119 y 120 de la Ley 510 de 1999. se basa en el hecho de no haber sido discutidos y aprobados en los cuatro debates de conformidad con los artículos 157, 160 y 161 de la Constitución Política. En tanto que los arts 105, 106, 108 y 111 de la Ley 510 de 1999 Fueron aprobados únicamente en la Comisión Tercera y en la Plenaria de la Cámara de Representantes, pero no surtieron su trámite en el Senado de la República. el párrafo tercero del artículo 52 y los artículos 119 y 120 fueron aprobados en Plenaria de la Cámara de Representantes, omitiéndose el debate en la Comisión Tercera y Plenaria del Senado y en la Comisión Tercera de la Cámara. El actor plantea que esos vicios no son de procedimiento sino vicios materiales, que ante ello no opera el término de caducidad contemplado en el artículo 242.3 de la Carta y que por eso la Corte debe emitir un pronunciamiento de fondo.

En tal virtud, *en* Sentencia C-508 DE 2002³⁵, la Corte reafirma el criterio de la sentencia C – 501 ya mencionada, pero además adiciona un elemento configurador del vicio material, en tanto que dejó claridad sobre lo que constituye el vicio material o de fondo al establecer que existe disparidad cuando “entre el contenido de las disposiciones en ella contempladas y la Carta surge una relación de contradicción, esto es, cuando los

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-508 DE 2002, Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. 3 de julio de 2002. Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 2° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"*

ámbitos de ejercicio de la capacidad configuradora del Congreso vulneran la materialidad del Texto Fundamental”.

Por tal razón el desconocimiento de los contenidos materiales de la Constitución por parte del Congreso o del ejecutivo en ejercicio de legislador ordinario constituyen vicios materiales, pues su conclusión es que se abstiene de acatar las disposiciones positivas conferidas en la carta y al ser creador de derecho construye un escenario diferente del que previamente ha planteado el constituyente.

Jurisprudencialmente la Corte ha establecido que los vicios materiales o de fondo no solo incluyen la confrontación entre la Constitución y a Ley sino que ha calificado 3 casos específicos dentro de los vicios materiales, estos son:

- *La violación del principio de unidad de materia,*
- *El desconocimiento de la reserva de Ley estatutaria u orgánica*
- *Los problemas de competencia, (en cuanto esta constituye un presupuesto esencial para acceder a las formas legales).*

Es importante esta distinción hecha por la Corte en tanto que estos vicios, por ejemplo para el caso de caducidad de la acción no tienen un término procesal para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, así mismo; porque aclara que no se trata de vicios de competencia a pesar de que su definición y su ocurrencia dan para concluir que sí lo son, ya que ostentan una capacidad configuradora de especialidad constitucional respecto de su trámite así como de su función examinadora.

Así las cosas procedemos al estudio de estos casos constituidos como vicios especiales por la Corte Constitucional.

3.1.1.1. PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA

Respecto del primero, es menester establecer que la jurisprudencia Constitucional ha dado una categoría especial al principio de unidad de materia en la cual se ha considerado como un vicio material o de fondo, debido a que la violación de este principio es considerada como un vicio de las facultades competenciales que le asigna la Ley al legislador, en tanto que se presume la violación material de la Constitución.

Es importante destacar que El principio de unidad de materia se encuentra expresamente contenido en los artículos **158 y 169** Constitucionales, cuando prescribe que "todo proyecto de Ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella".

La Corte Constitucional en Sentencia C 995 de 2001³⁶, explicó los alcances de la violación al principio de unidad de materia, en tanto que lo que se busca es la racionalización de recursos legislativos, tanto en su debate como en su aprobación, pues considera la Corte que la unidad de materia permite ejercer control sobre las normas, y esto porque el Congreso puede rechazar las iniciativas que violen este principio, inclusive desde su propia presentación del proyecto de ley, como ya lo habíamos explicado en el

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-995/01Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño, 19/09/2001

capítulo de los proyectos de ley; habida cuenta que la violación a este principio es causal para inadmisión del proyecto.

En igual sentido, porque se garantiza el debate de un tema en específico ya que la unidad de materia permite la aprobación de textos legislativos que pretendan solucionar un hecho configurador de la actuación legislativa, es menester destacar que Corte manifiesta “se evita la aprobación de normas no consideradas en los debates parlamentarios como escenarios de concreción de la democracia”.

Y en tercer lugar porque la Corte considera que el control solo se puede establecer respecto de la materia que regula la Ley y el principio democrático.

No obstante lo anterior, la Corte ha dejado en Claro que en virtud del principio de libertad de configuración normativa, el principio de unidad de materia tampoco impone una camisa de fuerza para el legislador respecto de temas conexos que se puedan desarrollar en la misma ley; para el efecto la Corte ha usado el término de núcleos temáticos en el entendido que si se trata de un mismo tema a regular, es dable que se puedan desarrollar en la misma Ley temas conexos a ese núcleo temático.³⁷

Corolario, la Corte ha entendido que los ejes temáticos deben ser coherentes con la exposición de motivos y las razones que imponen al legislador al hacer uso de su facultad reglamentaria para incluir temas que; prima facie pudieran resultar incongruentes para el contenido o materia que se regula.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-809 de 2001.M. P. Dra.Clara Inés Vargas

3.1.1.2. *DESCONOCIMIENTO DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA U ORGÁNICA.*

Previo a entrar a explicar este matiz jurisprudencial del vicio material, debemos dejar constancia a efectos de evitar errores de comprensión, que este es uno de los muchos casos en que se contradice la Corte Constitucional, cuando quiera que a veces la Corte trata esta violación de reserva de Ley como vicio de fondo y a veces la trata como vicio de competencia, lo cual evidencia la imposibilidad absoluta de la creación sistemática de los vicios, tanto es así, que en ocasiones los mismos demandantes califican vicios materiales como de fondo, o incluso como sustitución de la Constitución, y otras ocasiones los mismos argumentos sirven para determinar cómo vicios de competencia la demanda incoada.

Prueba de mi dicho es la Sentencia C-448/97³⁸ en tanto que la Corte considera inicialmente que la violación a reserva de Ley estatutaria u orgánica es un vicio de competencia y por ende no caduca la acción pública; no obstante lo anterior, la misma Corte entiende que es uno de los vicios de fondo contenidos en la Sentencia 408 ya mencionada y por tal razón se debe evaluar la presunta vulneración de la Constitución mediante comparación objetiva entre el texto constitucional y la ley.

<p>Corte Constitucional; Sentencia C-448/97 Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO 18 de septiembre de 1997.</p>
--

³⁸ Corte Constitucional; Sentencia C-448/97 Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO 18 de septiembre de 1997.

Hechos: se demandan los Artículos 85 (parcial) y 107 (parcial) de la Ley 136 de 1994. En tanto que dichas normas le dan la facultad al Presidente de la República de nombrar reemplazo del alcalde que fue destituido o que renuncia; el argumento es que existe violación de la reserva de Ley estatutaria ya que es competencia de código electoral que es Ley estatutaria y además viola la Democracia participativa y nombramiento de alcaldes por el Presidente de la República o por Gobernadores.

Sobre la vocación ontológica de esta modalidad de vicio material, debemos decir que esta se fundamenta en el aspecto competencial reglamentario que le asiste al Congreso al expedir la norma sin tener en cuenta los contenidos de los artículos 151 y SS constitucionales, tanto en su forma como en su reglamento regulatorio.

En tal virtud, se incurre en este tipo de violación cuando el legislador le da trámite de Ley ordinaria a una norma que por su contenido debe ser tramitado como Ley orgánica o como Ley estatutaria.

En igual sentido, también se produce cuando el legislador mediante trámite de Ley ordinaria regula una materia que por su contenido solo puede ser objeto de Ley orgánica o estatutaria.

Es decir; el vicio se produce por dos circunstancias en específico, el primero es por virtud de un procedimiento defectuoso, o en segunda instancia; por el contenido material, habida cuenta que se trata de materias especialmente reguladas por la norma superior.

Sin embargo en las sentencias C-531/95. Y C-600A/95³⁹, la Corte proporciona claridad de que se trata de una especie de vicio mixto entre el vicio de fondo como tal pero

³⁹ Corte Constitucional; Sentencias C-531/95, MP. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia C-600A/95.

también es un vicio de forma, ya que en apariencia se trata del desconocimiento del mandato material de una autoridad que expide una norma que no le corresponde hacerlo y que además utiliza la herramienta de la Ley ordinaria o un decreto de ley, para una Ley que fue asignada para su desarrollo mediante el procedimiento agravado de Ley estatutaria.

Adicionalmente, en Sentencia C-448/97, se aclara que el contenido material de la norma es objeto de debate, ya que la evaluación del precepto que expide el Congreso implica una competencia o facultad exclusiva que no puede traspasar el legislador y que solo podrá ser objeto de estudio mirando el contenido del reglamento contra las facultades que sobre esa materia se encuentran destinadas a leyes orgánicas o estatutarias, pero también hay un vicio formal en tanto que el trámite puede ser perfecto, pero no se ajusta al trámite propuesto por la Carta Magna para este tipo de leyes, la Corte lo explica en los siguientes términos:

“La violación de la reserva de Ley estatutaria no configura entonces un vicio de forma sino una falta de competencia, puesto que el Congreso no puede tramitar y aprobar por medio del procedimiento y la forma de la Ley ordinaria ciertas materias que la Constitución ha reservado al trámite y a la forma más exigentes de la Ley estatutaria. Ahora bien, la violación de la reserva de Ley estatutaria implica precisamente que el Congreso no tiene la autorización constitucional -esto es, carece de competencia y de legitimidad- para utilizar la forma de la Ley ordinaria para materias que la Carta ha atribuido a la forma de la Ley estatutaria. Estamos pues en presencia de un vicio de competencia (que) no es de forma sino material”.

Adición en paréntesis propia

3.1.1.3. LOS PROBLEMAS DE COMPETENCIA, (EN CUANTO ESTA CONSTITUYE UN PRESUPUESTO ESENCIAL PARA ACCEDER A LAS FORMAS LEGALES).

Si bien es cierto, se trata de un vicio material en tanto que la facultad de asignación de un proyecto la tiene el Presidente del Senado o Cámara a una determinada comisión, pero esta asignación no se ajusta a derecho, y en consecuencia al proyecto se le da un trámite diferente del que debería darse respecto de la comisión que debería ser la competente para conocerlo; considero que este lejos de ser un vicio es un proceso de inconformidad que no ostenta la categoría de vicio; que aunque ciertamente afecta el contenido formal de la expedición de la ley, es un vicio saneable en tanto que la Corte puede devolver el proyecto a efectos de que este sea tramitado por la comisión que se considere pertinente.

Sin embargo la Corte en Sentencia C-1177 de 2004⁴⁰, entendió que el desbordamiento del ejercicio de la competencia no solo comporta un error sobre la forma sino en el contenido, en tanto que “si la indebida elección de forma para la producción del acto, cumplido por quien tiene competencia, se reputa un vicio menor, saneable por el transcurso del tiempo, la falta de capacidad para producirlo no puede ser saneada por esa vía, pues no puede producir efectos jurídicos un acto que sólo lo es en apariencia por carecer, ab-initio, del presupuesto esencial para surgir al mundo del derecho: la competencia, precedente obligado del uso de la forma”.

⁴⁰ Corte Constitucional; sentencia C-1177 de 2004 Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Por tal razón, y a ser un vicio de contenido material no está sujeto al término de caducidad de que trata el artículo 242 Constitucional ya que no se trata de irregularidades de trámite sino que comporta extralimitación en el ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 150 Numeral 10 constitucional al Presidente de una cualquiera de las corporaciones del Congreso, cuya entidad⁴¹ “no se agota en el proceso legislativo sino que también tiene[n] capital importancia en el resultado, esto es, en las leyes mismas y en su cumplimiento; razón por la cual son también vicios materiales a los que no les resulta aplicable el término de caducidad de la acción”.

De manera taxativa la Corte en Sentencia C-448/97⁴² señaló que en los casos en que las competencias de determinado proyecto de Ley no se encuentre dentro de las funciones de conocimiento asignadas a una comisión constitucional permanente, el Presidente de la Cámara podrá asignar la competencia de este proyecto a su libre decisión, sin que la Corte pueda objetar el trámite de ley, no obstante la Corte si asume su facultad de juez constitucional en el evento en que “*esa asignación de competencia sea manifiestamente irrazonable por contravenir abiertamente las disposiciones del artículo 2° de la Ley 3ª de 1992*. Sólo en ese evento el juez de la Carta podría sustituir la decisión del Presidente del Senado de la República o de la Cámara de Representantes, decretando la inexecutable por vicios de forma de la Ley de que se trate”

⁴¹ ibidem

⁴² Op.Cit.

Las Sentencias C-702 de 1999 M.P. y C-501 de 2001⁴³ establecieron que la usurpación de competencias a las cámaras por parte de las comisiones accidentales o de conciliación derivada de la adición de textos que no fueron aprobados con anterioridad en plenarios constituye un vicio de formación de la Ley en tanto que viola el principio democrático de decisión legislativa y de configuración legislativa, ya que “es claro que un tal vicio, como lo expuso la Corte, es de naturaleza material y por lo mismo no queda cobijado por término alguno de caducidad.”

3.1.2. VICIOS DE PROCEDIMIENTO:

Los vicios de procedimiento consisten en la inobservancia de las normas que regulan el trámite legislativo, algunos vicios de procedimiento se encuentran directamente en la constitución, así por ejemplo se evidencia el artículo 149 constitucional que establece que “Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales carecerá de validez, a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno y quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes” esta

⁴³ Corte Constitucional; Sentencias C-702 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y C-501 de 2001 M.P. Jaime

infracción, aparte de ser considerada como falta disciplinaria, es también un vicio insubsanable.

En tal virtud, se evidencia que la Constitución no solo protege el contenido sino las formas que sirven de fundamento a la decisión o al debate, en este punto, debe tenerse en cuenta que el principio *UTILE PER INUTILE NOM VITIATUR* no se encuentra presente cuando de la protección a la vocación constitucional de las formas se trata, así pues, no se puede tomar decisiones que afecten el ámbito regulatorio constitucional, si estas no se encuentran enmarcadas dentro de los procedimientos que para el efecto el constituyente ha designado.

Jurisprudencialmente, la Corte Constitucional ha establecido varios puntos a tener en cuenta para efectos de regular el procedimiento, así por ejemplo se evidencian varias Sentencias sobre el particular:

La primera y más importante es la Sentencia C-668/04⁴⁴. Llama poderosamente la atención esta Sentencia en la cual se encontraban de acuerdo tanto el ejecutivo como el legislativo sobre la importancia de la disminución de Diputados en territorios que antes eran Comisarías, habida cuenta que el gasto y el número de Diputados era excesivo para dichos Departamentos, antiguamente concebidos como Comisarías en razón del número de habitantes, es importante tener en claro que existía el ánimo político y así se demostró en la votación que fue superior a las 3 cuartas partes del Congreso. Sin embargo la Corte declaró inexecutable dicho acto, en tanto que en esta Sentencia se estableció la naturaleza obligatoria de los 4 debates en tanto que así se encuentra regulado en la Constitución, por

⁴⁴ Corte Constitucional; Sentencia C-668/04, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; 13 de julio de 2004

más de acuerdo que estén todos; igual hay que darle trámite a los debates porque así se encuentra regulado en la constitución.

En esta Sentencia también se dejó claro que la naturaleza de las comisiones accidentales no es la de subsanar la omisión de los 4 debates, sino para debatir proposiciones nuevas que surgen dentro del trámite de la ley, que si bien fueron aprobadas e incorporadas en uno cualquiera de los 4 debates, no menos cierto es que esta decisión se hace en virtud del debate obligatorio que debe haber en el Congreso respecto del trámite de la ley.

Sentencia – C-668/04 declara inexecutable el artículo 16, parcial, del Acto Legislativo N° 01 de 2003 "por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones"

HECHOS: en este acto legislativo se buscaba regular la composición de las asambleas, pero por decisión del Presidente de la cámara se omitió debatir la proposición de 7 diputados departamentales,

También se adujo como hecho jurídicamente relevante el invento de un nuevo procedimiento consistente en que, lo no se apruebe en comisión en primer debate, se haga en el segundo mediante propuesta de una comisión accidental, pretermitiendo el requisito constitucional de los cuatro debates para los proyectos de ley.

Otra de los hechos en que la Corte se fundamentó para declarar inexecutable este A.L. es que algunos representantes insistieron en el tema que ya se había decidido en plenaria, reintroduciéndolo como proposición nueva en séptimo debate, a pesar de estar concluido en tanto que es claro el reglamento de la Ley 5ª en que una vez negado el proyecto se procederá con el archivo del mismo o de la

proposición... “por lo tanto no puede ser revivido ni mucho menos como propuesta nueva, sino; cuál sería el sentido de la discusión”.

Es importante tener en claro que los vicios de procedimiento se han venido especializando sobre temas o hechos jurídicamente relevantes y por esto los vicios de procedimiento hoy se han subdividido en vicios especiales, es por esto que la Corte Constitucional, mediante **Sentencia C-013/14**⁴⁵ ha establecido que los **vicios de forma** y los vicios de competencia son una categoría especial distinta a los **vicios de procedimiento**, que en realidad es un género.

3.1.2.1. VICIOS DE TRÁMITE O DE FORMA.

Para entender que es el vicio de forma, debemos partir de su génesis, en tanto que el vicio de forma se configura durante el proceso legislativo al omitirse ciertos trámites indispensables para la formación de la ley, en consecuencia; el vicio de inconstitucionalidad respecto de la forma no está presente en el texto normativo SINO EN LA HISTORIA DE LA CREACIÓN DE LA LEY, habida cuenta que es a partir del trámite del proyecto de Ley el que adolecerá del vicio y no su disposición o contenido normativo, por ello, un precepto legal se puede encontrar perfectamente ajustado a la constitución en

⁴⁵ Corte Constitucional; **Sentencia C-013/14** del veintitrés (23) de enero de dos mil catorce Magistrado ponente: NILSON PINILLA PINILLA. “Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2009, “*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*” (parcial).

su contenido normativo, pero al mismo tiempo ser inconstitucional por no obedecer los trámites constitucionales necesarios para su perfeccionamiento.

Y es que el vicio de procedimiento o forma, se sustenta sobre la vocación procesal de la Ley en tanto que se trata de irregularidades de trámite legislativo previamente definidas por el constituyente y la Ley orgánica reglamentaria del Congreso, tal y como lo estipula el artículo 151 constitucional, por lo tanto se trata de cuestiones rituales que se contraponen a su fondo o materia. Por tal razón los vicios derivados de la formación de la ley ello, los vicios en la formación de la Ley se ciñen especialmente a los debates, su aprobación y promulgación.

En tal virtud la tarea que debe desarrollar la Corte no es evaluar la regla de derecho contenida en la orden normativa sino en las formas que condujeron a la misma, por lo tanto el juicio constitucional versará únicamente sobre los debates, el respeto por el principio democrático, si se surtieron las etapas que debe contener la disposición, inclusive sobre la iniciativa legislativa, la divergencia entre los debates y como se subsanó dicha divergencia, la conformación de las comisiones de conciliación y los debates posteriores que se dieron, etc.

Este vicio a diferencia de muchos otros si tiene una historia y un recorrido en Colombia. Si bien hoy su vocación epistemológica se encuentra en la Constitución y la Ley 5ª de 1992, en la que además se deja expreso mandato del término de caducidad para presentar demandas por este tipo de vicios es de un año a partir de la publicación, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 3º del artículo 242 y el numeral 1º del artículo 241 ibídem, así mismo establece que las demandas contra actos legislativos solo pueden presentarse por vicios de procedimiento en su formación, también existen varios antecedentes sobre el particular.

Siguiendo la línea argumentativa del Profesor Mario Cajas Sarria⁴⁶ en su apasionante artículo científico, existen dos momentos en los que se desarrolla la teoría de los vicios de trámite.

El primero se da a partir de 1912, cuando la Corte Suprema se declara incompetente para juzgar la inconstitucionalidad de las leyes por cargos de violación al procedimiento legislativo, esto se puede observar en la Sentencia del 20 de abril de 1912⁴⁷, en la que la Corte hace un análisis exegético de la definición de Ley y en tal virtud considera:

*“Entiende la Corte que la facultad a ella conferida (...) no puede extenderse hasta declarar que una Ley no es Ley porque se hayan quebrantado en su formación algunas ritualidades prescritas por la Constitución Nacional; pues si de otro modo se entendiese aquella facultad , se daría a la Corte Suprema tal suma de poderes que invadiría el campo de acción del Cuerpo Legislativo, lo cual sin duda no ha sido la intención del Constituyente de 1910, pues ello iría abiertamente contra el principio fundamental consignado en el artículo 57 de la Carta, según el cual todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones, principio éste que informa nuestras instituciones y es piedra angular del sistema republicano que ellas reconocen y consagran.
(...)”*

⁴⁶ Origen del Control Constitucional de las Leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952); Mario Cajas Sarria, Revista jurídica precedente; universidad Icesi

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, decisión del 20 de abril de 1912 M.P. Alberto Suárez Murillo

Digno de notarse es el antecedente que ofrece la Asamblea Nacional de 1910, la que al propio tiempo que discutía y preparaba el Acto reformativo número 3 de ese año, dictaba la Ley 54 del mismo, que declaró sin fuerza obligatoria una disposición legal por informalidades ocurridas en su expedición, lo que revela que en el ánimo de los constituyentes de esa época estuvo que fuese el mismo Cuerpo Legislativo y no otro poder distinto quien pudiera resolver acerca de las leyes en cuya expedición se hubiesen infringido las reglas constitucionales”

Para esta disertación la Corte utiliza la definición del artículo 4 del Código Civil sobre la ley, en tanto que esta es la expresión soberana cuyo carácter general es el de mandar ó prohibir, permitir ó castigar. Por lo tanto, no se puede evaluar el trámite de la Ley sino a partir de momento en que esta se convierte en ley.

Corte Suprema de Justicia, decisión del 20 de abril de 1912 M.P. Alberto Suárez Murillo

<p>HECHOS: demanda presentada por el Ministro de Gobierno, Pedro María Carreño respecto de la Ley 65 de 1911, en la cual se fijan unos gastos presupuestales que no estaban aprobados por el Presidente Pedro E Restrepo, el cual; inicialmente presentó objeciones presidenciales y en consecuencia el proyecto de Ley debería iniciar su discusión en segundo debate y no en tercer debate como lo hizo el Congreso. A su juicio, el trámite de las objeciones debió ser idéntico en ambas Cámaras y no como realmente sucedió: tres debates en el Senado y dos en la Cámara. El demandante estima que si se dieron dos debates en una cámara y tres en otra, se rompió la uniformidad que la Constitución exige y por lo tanto se violó la Constitución</p>
--

Esta línea de jurisprudencia se mantuvo vigente por más de 50 años⁴⁸, en los que además se aportaron nuevos indicios o criterios sobre los cuales no se pudo realizar cambios doctrinales, pues para la Corte Suprema de Justicia, el examen del procedimiento legislativo implicaba una suerte de “juicio a la función legislativa” la cual derivaba necesariamente una interferencia a las funciones constitucionalmente asignadas al Congreso, y por ende el rompimiento del principio de la tridivisión de poderes.

De hecho, en Sentencia del 20 de octubre de 1913, la Corte Suprema dejó en claro que la confrontación constitucional que se debía considerar era únicamente el cotejo entre la Ley y la Constitución, ya que la “oposición entre los mandatos legales y la Carta Fundamental debe encontrarse en los preceptos de la Ley y no en las formalidades que presiden a su expedición”.

No obstante lo anterior, existía un amplio sector de juristas que no entendía y se oponía a la disquisición competencial de la Corte Suprema en tanto que comparaban los fallos de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, así como los Tribunales Constitucionales Europeos los cuales si debatían la naturaleza adjetiva de la ley, incluso tratadistas como Kelsen⁴⁹ se referían al principio de “legislador negativo”, sin embargo nuestra Corte siempre fue muy cauta al negarse a traspasar las funciones legislativas, porque; como ya lo habíamos comentado anteriormente, la Corte entendió que esto implicaba un juicio a las funciones legislativas.

⁴⁸ Respecto del precedente de la incompetencia, véase las sentencias del 20 de octubre de 1913, 15 de febrero de 1915, 7 de marzo de 1918, 7 de diciembre de 1925, 18 de marzo, 9 de abril y 15 de septiembre de 1927 y 22 de septiembre de 1949 de la Corte Suprema de Justicia

⁴⁹ Hans Kelsen; teoría pura del Derecho; ed UNAM. Segunda reimpresión 1982.

Empero, surge un nuevo criterio interpretativo y el segundo periodo se da a partir de 1952 cuando la Corte Suprema rectifica su doctrina y se declara competente para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, PERO a partir de los errores u omisiones legislativas.

Como consecuencia de esto, se produjo una modificación de la doctrina dominante y que se puede evidenciar en la Sentencia del 28 de julio de 1952⁵⁰, con ponencia del Magistrado Luis Enrique Cuervo, la cual versaba sobre la Ley 9 de 1951, en ella la Corte consideró que no es sostenible la distinción entre preceptos sustantivos y adjetivos en la Constitución, cuando quiera que todas las normas constitucionales tienen el mismo valor y en consecuencia, todas las normas de contenido constitucional son objeto de evaluación por parte de esa jurisdicción, además porque la Corte define los límites de su jurisdicción y su poder está por encima de todas las leyes ya que la Corte ejerce sus funciones bajo el principio de la soberanía nacional por decisión del constituyente primario, en tal virtud, tanto leyes como proyectos de Ley son objeto de especial análisis constitucional.

Adicional a lo anterior, la Corte estableció una sub regla consistente en que en los anexos debería obrar la objeción presidencial en caso de que la demanda fuera presentada por algún miembro del Gobierno, o si se trataba de un ciudadano debía aportar los antecedentes legislativos.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de julio de 1952, M.P. Luís Enrique Cuervo. Gaceta

Corte Suprema de Justicia; Sentencia del 28 de julio de 1952, M.P. Luís Enrique Cuervo,

HECHOS: se decide la exequibilidad de la Ley 9a. de 1951 “por la cual se crea el Departamento de Córdoba”. El demandante considera que la Ley 9ª es inconstitucional ya que la Constitución exigía que para crear un departamento, la petición debía ser firmada por las tres cuartas partes de los Concejales de la región, y los solicitantes de la solicitud de creación, no ostentaban esa calidad, de hecho; no siquiera eran concejales del proyectado departamento de Córdoba. Por lo cual el Congreso vulneró el artículo 5 de la Constitución que establecía “La Ley podrá decretar la formación de nuevos departamentos desmembrando, o no, las entidades existentes, siempre que se llenen estas condiciones: 1a. Que haya sido solicitado por las tres cuartas partes de los concejales de la comarca que ha de formar el nuevo departamento”.

Si bien es cierto, estamos hablando de una doctrina que en nuestro tiempo es de habitual usanza, no menos cierto lo es que la justicia Constitucional debió hacer uso de varios mecanismos adicionales para reforzar esta teoría, como es el caso de la reforma constitucional de 1968 en la que se dejó expresamente que la Corte es perfectamente competente para evaluar las leyes tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. Labor que coadyuvó la misma Corte Suprema de Justicia en Sentencias hito como las de 1970, 1975 y 1978⁵¹

Es Menester recordar que la Corte Suprema de justicia, fue pregonera del sistema de control de la Ley por vicios de procedimiento, encontrándose un antecedente posterior

⁵¹ Alfonso Palacios Torres. Concepto y control del procedimiento legislativo, Universidad Externado de

en la Corte Constitucional Italiana pero este es del año de 1959, no obstante lo anterior, es claro que a partir de postguerra, los países Europeos siempre buscaron la manera de mantener la tridivisión de poderes y a su vez, siempre ejercer un control de todas las ramas entre las mismas ramas, a través de controles horizontales y verticales que garantizaran la aplicación de los derechos y la libertad de las naciones.

Hoy en día, el vicio de trámite se encuentra desarrollado plenamente, llegando incluso a ritualidades y sub reglas que comportan la obligatoria exigencia de las ritualidades propias del proceso legislativo; prueba de mi dicho es la Sentencia C-448/97⁵², donde no solo se explica la vocación ontológica de los Vicios de forma, en tanto que la Corte definió los vicios de forma en los siguientes términos:

“La forma es un concepto que en el ámbito jurídico remite a los requisitos externos de expresión de los actos jurídicos, a las cuestiones rituales que se contraponen a su fondo o materia.”

Pero además de definirla, creemos que se establecen unas sub reglas respecto de la forma como se debe interpretar la Ley 5ª y su proceder de conformidad.

Si bien este criterio emanado por este togado puede ser objeto de críticas, nos mantenemos en nuestra posición en tanto que si creemos que por vía jurisprudencial se puede aducir la creación de estas sub reglas.

¿Cómo no decir por ejemplo, que existe una sub regla de subsanación del proyecto de Ley que fue repartido por el Presidente de una cualquiera de cada cámara del Congreso

⁵² Corte Constitucional; Sentencia C-448/97 Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

para el caso en que no se encuentre taxativamente señalado su conocimiento a una comisión permanente?

¿O la sub regla creada para el caso de comisiones de conciliación en tanto que la creación de esta comisión si subsana el debate de comisiones pero no el debate en plenarias, toda vez que su incumplimiento acarrea la violación del principio democrático?

En estos términos consideramos que se han presentado grandes avances sobre el vicio de trámite o de forma y se da por superada definitivamente la teoría del juicio a la función legislativa que; en otras oportunidades se estableció como limite a las funciones competenciales de la Corte Constitucional.

3.1.2.2. VICIOS DE COMPETENCIA.

Como habíamos anotado no se tiene un listado doctrinario de los vicios de competencia, por tal razón el examen es deductivo a partir de las Sentencias, sin embargo en una publicación hecha por Alejandro Ramelli⁵³ en la revista derecho del Estado, de la Universidad Externado de Colombia, este manifiesta:

⁵³ *Revista Derecho del Estado*; ALEJANDRO RAMELLI. Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia, 30 Abril de 2021 en

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6954/9790>

“El objeto del presente artículo apunta a realizar un balance y señalar algunos retos en relación con el ejercicio del control constitucional sobre los denominados "vicios de competencia", facultad que la Corte Constitucional viene ejerciendo desde la Sentencia C-551 de 2003, la cual le permite ir más allá del clásico examen de los vicios de procedimiento en materia de reformas constitucionales”.

Respetuosamente disiento con el distinguido Jurista, habida cuenta que en el año de 1998 en la Universidad la Gran Colombia ya manejábamos este criterio de comparación deductiva de protección constitucional, es así como en el año 2000, se produjo mi tesis de grado⁵⁴, la cual fue distinguida con la mención de honor CUM LAUDE, por el trabajo investigativo allí desarrollado.

Y es que para la época en que presenté el trabajo de grado, contábamos con juristas como el Doctor Eduardo Dangond Culzat, Antonio Copete y el entonces Magistrado de la Corte Constitucional Antonio Barrera Carbonell, entre otros, los cuales pueden dar fe del trabajo que desarrollé y sustenté.

En ese entonces presenté como marco teórico a varios tratadistas, pero de manera especial a:

RODOLFO LUIS VIGO, que considera que la interpretación de la Constitución no solo se realiza hacia el cuerpo legal vigente, sino que la interpretación Constitucional

⁵⁴ Romero Tapia Mauro Francisco, Análisis de la interpretación y controles de constitucionalidad en Colombia – tesis laureada; u.g.c. 2001.

también interpreta a la Constitución por sí misma, en este sentido el Jurista español considera que entender la interpretación Constitucional es definirla a partir del objeto interpretado, o sea el texto Constitucional y así se amplía el campo subjetivo, dado que abarca a aquellos que tienen por misión específica ser los guardianes o intérpretes supremos de la Ley fundamental, y también a los que incluso, carecen de toda autoridad para imponer u oficializar el resultado de su esfuerzo interpretativo. Esta definición es la más conveniente teniendo en cuenta la doble realidad de la Constitución Colombiana, porque es a través de la Constitución que se determina el sentido de una norma Constitucional, como en el caso del control abstracto, y a su vez determina el ámbito de aplicación y entendimiento de una norma sub constitucional en relación con la Constitución, por lo tanto, Vigo habla de una interpretación “DE” LA CONSTITUCIÓN Y UNA INTERPRETACIÓN “DESDE” LA CONSTITUCIÓN en el entendido de que la Constitución puede interpretarse a sí misma; creemos que nuestra carta magna puede considerar la posibilidad de auto interpretarse a partir de los valores y principios constitucionales.

KARL LOWESTEIN, define los controles horizontales vistos estructuralmente, ya que operan en el cuadro del aparato Estatal dentro de uno y del mismo detentador de poder, o bien, entre diversos detentadores de poder del mismo aparato y con igual jerarquía. Contrario sensu, el control vertical se define así: “Bajo el concepto de controles verticales caen aquellos tipos o modos de acción e interacción que se producen dentro del cuadro de la dinámica política entre todos los detentadores del poder instituidos y la sociedad en su totalidad; vistos estructuralmente, los controles verticales operan en el cuadro de la maquinaria estatal, en el sentido de que estos funcionan en una línea ascendente y descendente entre la totalidad de los detentadores del poder instituidos y la comunidad como tal o algunos de sus componentes”

Sentencia proferida por el Juez **JOHN MARSHALL**, dentro del proceso **MARBURRY –Vs- MADISON** donde expresamente manifestó: “el sagrado principio que se sostiene, que es esencial a todas las Constituciones escritas, de que una Ley repugnante a la Constitución es nula, y de que los órganos judiciales, como también los otros órganos, están vinculados por el texto Constitucional. (...) si los jueces deben tomar en cuenta la Constitución y ésta es superior a toda Ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambos sean aplicables”.

Y en concordancia con el artículo 4 constitucional, y la figura de la excepción de constitucionalidad, llegué a la siguiente conclusión⁵⁵:

“... Por lo tanto la existencia de los métodos tradicionales de interpretación, son válidos en pro de la guarda y la integridad de la Constitución, pero también debe tenerse en cuenta que la Constitución reúne en sí misma, cierto tipo de principios y valores que se encuentran incorporados y no pueden ser objeto de desconocimiento a la hora de interpretar o integrar un precepto legal. Creemos que la interpretación de la Constitución debe hacerse directamente a través de la Constitución misma. Es así como la noción de “Estado social de Derecho”, impone una regla

⁵⁵ Romero Tapia Mauro Francisco, Análisis de la interpretación y controles de constitucionalidad en

clara de interpretación que se basa en la justicia y en la equidad, así como en la prevalencia del Derecho sustancial sobre el Derecho procesal, lo cual desvirtuaría la existencia de los métodos de interpretación que hemos clasificado sin temor a equívocos, como “tradicionales” en pro de la justicia y del contenido social de las disposiciones normativas vigentes.

(...)

*Creemos con **RODOLFO LUIS VIGO**⁵⁶ que la Constitución y su interpretación debe clasificarse en interpretación “**DE**” la Constitución, e interpretación “**DESDE**” la Constitución, en el entendido de que la Constitución se interpreta a sí misma, ya que es ella la que prevé principios, valores y sistemas interpretativos contenidos en si misma, que la hacen ser de interpretación sui generis. Mientras que la interpretación “**DESDE**” la Constitución, si puede consagrar algunos métodos de interpretación que en nuestro concepto son muy validos en defensa del bloque de constitucionalidad y el bloque de legalidad Nacional, pero esta interpretación debe ser supeditada a los valores y principios hermenéuticos consagrados en la interpretación “**DE**” la Constitución”.*

En tal virtud, considerábamos en esa época que existen principios y valores axiales que permiten establecer límites específicos al poder de reforma del Congreso, pues este no puede violar los principios constitucionales o en su defecto, lo que yo llamo “leyes de construcción del Estado Colombiano”, y que se trata de los 6 valores que inspiraron la

⁵⁶ VIGO, Rodolfo Luis. Interpretación Constitucional. Op.Cit. pag. 99

campana libertadora y que desde esas épocas heroicas han acompañado los valores Republicanos inspirados en la democracia demoliberal; a saber:

1. **EL EJÉRCITO DE COLOMBIA:** en tanto que este es la piedra angular de la República, antes de existir Colombia existía el ejército, y por tal razón el ejército al ser el padre fundador de Colombia, no puede desaparecer o ser menoscabado, especialmente si se tiene en cuenta que los artículos 12 y 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, traducidos por Antonio Nariño establecen que es el derecho de todos los Colombianos contar con el ejército y que además incorpora como deber la obligación para todos los ciudadanos de financiar por impuestos al Ejército, siendo esta la única obligación que contiene dicha declaración, es así como dicho texto establece:

“... **12.** Siendo necesaria una fuerza pública para garantizar los derechos del hombre y del ciudadano, se constituirá esta fuerza en beneficio de la comunidad, y no para el provecho particular de las personas a las que ha sido confiada.

13. Siendo necesaria, para sostener la fuerza pública y subvenir a los gastos de administración, una contribución común, esta debe ser distribuida equitativamente entre los ciudadanos, de acuerdo con sus facultades”.

2. **LA LIBERTAD:** por eso desde el acta de independencia de 1810 se establece que “**TODOS LOS CIUDADANOS NACEN LIBRES E IGUALES**”, Ley de construcción que se repite desde las constituciones provinciales iniciando con la de

Cundinamarca de 1811 hasta nuestros días; pero esta libertad no solo se refiere a la libertad personal consagrada en el artículo 13 Constitucional, sino que además impone otras formas como lo es la libertad de cultos consagrada en el artículo 19 constitucional, la de ejercer profesión u oficio contenida en el artículo 26 constitucional, la del libre desarrollo de la personalidad plasmada en el artículo 16 de la C.P., la de la libertad de expresión contenida en el artículo 19 de la C.P., la libertad que ofrece la economía de mercado contenida en el artículo 333 de nuestra Carta Política y de empresa a que se refiere el artículo 38 de nuestra Carta Magna.

3. **LA DEMOCRACIA:** bajo el principio del ideario francés contenido en la declaración universal en la que se plasma su revolución de 1789, la democracia siempre fue la respuesta al absolutismo monárquico y las teorías teológicas o iusnaturalistas que justifican el poder con el que nace un soberano. La Democracia siempre ha sido un anhelo y por ende un principio y un valor Colombiano, tanto es así que en el que Congreso Constituyente de Villa del Rosario de Cúcuta de 1821 se estableció⁵⁷ “artículo 1: el Gobierno de la República es democrático y representativo”. El Libertador plasmó esa idea en la Carta de Jamaica de 1815 cuando manifestó “contra el despotismo y la tiranía absolutista, se levanta la democracia.”

4. **LA REPÚBLICA:** siendo el Congreso la tercera institución creada a partir de la independencia, después de la creación del ejército que nació con la patria misma y la figura del Presidente; en el acta de independencia se establece: “el Gobierno de la República es democrático y representativo”

⁵⁷ Restrepo Piedrahita Carlos, el Congreso Constituyente de la villa del Rosario de Cúcuta de 1821, ed

5. **LA TRIDIVISIÓN DE PODERES:** este concepto es traído de la revolución Francesa, y más específicamente su autor es Barón de Montesquieu, quien fuera protagonista del movimiento de la ilustración francesa, el cual incorporó en su obra el espíritu de las leyes de 1748, la tridivisión de poderes como método de protección contra las dictaduras absolutistas; esta tridivisión de poderes busca crear un sistema de pesos y contrapesos que permitan evitar la concentración de poder a partir de una designación competencial a cada uno de los poderes públicos; pero también busca generar una especie de especialidad funcional respecto de las funciones y facultades de los órganos del Estado.

6. **LA SOBERANÍA.** Traída de la cultura Griega, aparece como la manifestación de verdadera libertad patriótica y personal, establece la prohibición de exigencias de otros países o sistemas políticos a nuestra patria, ya que el movimiento independista existió bajo la promesa hecha a todos los habitantes de nuestro territorio de que nadie nos niegue nuestro derecho de autogobernarnos o de ser ciudadanos libres.

Corolario de lo anterior; es claro que un acto legislativo bien puede ser impecable en su trámite pero en su contenido puede violar una Ley de construcción del Estado Colombiano, pensemos en la posibilidad de un gobernante populista que se alce con el aval del Congreso como un dictador; nos preguntamos ¿sería dable que la Corte Constitucional imponga la exequibilidad de dicho acto legislativo? Creemos y creíamos que a pesar de que el artículo 241 Núm. 1 diga que el juicio de control de constitucionalidad sobre los actos reformativos se hará únicamente para el caso de vicios de procedimiento; también es claro que no se puede pretermitir los valores del Estado de derecho Colombiano, y es por eso que planteamos a partir del Control interórganos, la interpretación “DE” la

constitución que elimine la posibilidad de una indecorosa alianza entre el ejecutivo y el legislativo en abierto menoscabo de nuestra identidad nacional.

Con base en lo anterior y a título de explicación histórica del afán de protección de la Constitución, nos debemos ubicar en la vocación axiológica que hiciera nuestra Corte Constitucional para proceder a hablar de la primera vez donde la Corte utiliza el término VICIO DE COMPETENCIA, que fue la ya mencionada Sentencia C - 551 de 2003. En ella se explica el razonamiento del mentado vicio con base en un discurso lógico deductivo.

Y es que en esta Sentencia hito se hace un análisis del contenido del artículo 241 núm. 1, donde solo se puede examinar las leyes que se refieren directamente a la reforma constitucional, (Ley de referendo, iniciativa parlamentaria, etc), pero no tiene competencia para examinar su contenido, sin embargo, esta interpretación exegética riñe con lo planteado en los artículos 378 y 379 que se refiere a "requisitos" para acudir al constituyente primario como lo es el temario separado o la obligación que el pueblo decida con un sí o no, en tanto que estos no son vicios de formación de la Ley sino del contenido del proyecto y en segundo lugar la Corte se pregunta ¿qué sucede con los vicios de competencia relativos a si el procedimiento no fue seguido por un órgano constitucionalmente autorizado para ello?

Y es que la Corte parte del hecho de que solo las autoridades especialmente designadas por la constitución tienen las facultades para expedir ciertos actos, en tal virtud, el vicio de competencia debe ser expedido únicamente por quien tenga esa función.

Es ahí donde la Corte asume que el vicio de competencia, si bien es un vicio de procedimiento, tiene una evaluación del contenido material, en dos dimensiones, ya que no

solo se requiere que la autoridad que expide el acto tenga la competencia sino que esa competencia para expedir el acto debe ser expresa funcionalmente y por ende los contenidos de un acto jurídico deben ser válidos tanto en su proceso de formación, como de su proceso de regulación, de no cumplir una cualquiera de estas dos disposiciones el acto se presume irregular por haber incurrido en un vicio de trámite que es la disquisición que faculta a la Corte Constitucional para evaluar los actos de reforma de la constitución.

Esta doble dimensión de los vicios de competencia referentes a los vicios de procedimiento como de los vicios de contenido material es clara ya que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto de que si no hay competencia, el acto se presumirá viciado de nulidad y este principio del derecho procesal se debe extender al juicio de constitucionalidad, en tanto que la Corte debe velar por la guarda y la integridad de la constitución como bien lo dicta el artículo 241, por lo tanto, la Corte debe en principio evaluar el acto y en segundo paso, pues deberá evaluar si ese acto fue proferido por quien constitucionalmente ostenta la función de expedirlo.

Y ello se demuestra si se atiende lo preceptuado en los artículos 378 y 379 de la constitución en tanto que estos confieren la facultad a la Corte de decidir si una reforma constitucional fue rigurosa en su trámite, sino que también le da la competencia para decidir si el constituyente derivado puede ejercer tal poder de reforma.

Ahora bien, la sala razona que también existen dimensiones sobre los vicios de competencia, y que han sido ya decididos por parte de la Corte Constitucional⁵⁸ como es

⁵⁸ Ver, entre otras, las sentencias C-546 de 1993, C-531 de 1995, C-600^a de 1995 y C-501 de 2001.

el caso de la doctrina sobre el carácter material de los vicios de competencia en la expedición de las leyes y decretos expedidos con base en facultades extraordinarias, la violación de la regla de unidad de materia o de la reserva de Ley orgánica, son vicios de competencia, y por ende son violaciones materiales de la Carta y no vicios de forma sujetos al término de caducidad de un año establecido por el artículo 242 superior, a lo cual la Corte considera que no hay contradicción en tanto que los vicios de competencia se establecen en punto de los vicios de forma, como de contenido material “por cuanto la competencia es un pilar básico y un presupuesto tanto del procedimiento como del contenido de las disposiciones sujetas a control de la Corte”.

En este punto la Sentencia hace un análisis sobre el poder de reforma y la sustitución, recordando que el poder de reforma del constituyente original no es objeto de control, ya que el constituyente originario está elaborando ACTOS FUNDACIONALES, tanto es así que cuando algunos ciudadanos demandaron algunos artículos de la constitución de 1991, mediante Sentencia C-544 de 1992, MP Alejandro Martínez Caballero, recordó que *"el poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad"*. Siendo esta la razón por la que la Corte concluyó que carecía de competencia para estudiar esas demandas, en tanto que la Constitución de 1991 había sido expresión del poder constituyente originario, en la medida en que *"la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la nueva Constitución Política de Colombia fue un poder comisionado del pueblo soberano"*.

Ahora bien, el poder de reforma, o poder constituyente derivado permite que la constitución pueda ser modificada, algunas veces con la participación de la ciudadanía, y para eso la constitución establece los caminos que se puedan agotar para dicha reforma,

pero esta facultad es limitada y por ende siempre estará sujeta a control y a las formas contenidas en el artículo 374 y SS de la C.P. estas se refieren expresamente a los actos legislativos, referendos y Asamblea Constituyente.

En consecuencia, esas formas implican un trámite procesal electoral que incluye la participación del Congreso o del pueblo respecto de su votación, según se trate el mecanismo de reforma. El interrogante obvio es si ¿además de esas exigencias de trámite; ¿el poder de reforma tiene límites competenciales respecto de su capacidad de reforma o en su defecto, si existen temas vedados a su capacidad de reformar las normas constitucionales?

La Corte ha entendido que el poder derivado del constituyente primario no tiene estas facultades en tanto que el artículo 374 constitucional establece que la constitución solamente podrá ser reformada, ya que la Asamblea constituyente así lo determinó bajo la legitimidad de ser la comisionada por el poder soberano a redactarla, por lo tanto la constitución debe conservar su identidad, ya que el poder de reforma solo puede reformar o modificar la constitución, pero no suprimirla ni mucho menos sustituirla por otra constitución, ya que el único facultado para hacerlo es el constituyente primario.

Corte Constitucional, Sentencia C-551/03 Magistrado Ponente:

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, nueve (9) de julio de dos mil (2003).

Revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, *“Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”*. Dicho referendo consistía en 17 preguntas que incluían preguntas

referentes a reducción del Congreso, tráfico de drogas, ampliar causales de pérdida de investidura, organización y funcionamiento de los partidos políticos, etc.

Y es a partir de esta Sentencia que debemos hacer algunas observaciones respecto de la evolución en el sistema constitucional Colombiano.

La más importante de todas, se refiere al criterio cambiante de la **ubicación conceptual del vicio de competencia**, en tanto que Corte en la ya citada Sentencia C – 551, estableció el carácter formal del vicio, aunque reconoció que hay algunos casos en donde el vicio puede tener contenidos materiales y por ende; por ejemplo no le asiste el término de prescripción de 1 año, que es el término establecido para los actos legislativos de conformidad con el artículo 242 núm. 3.

No obstante lo anterior, hoy se está utilizando el concepto de vicio material respecto algunos casos en los cuales se requiere un análisis de fondo de la norma demandable, y por ende no solo se encuentra sobre la naturaleza meramente formal sino que según el decir de la Corte en Sentencia C – 931 ya mencionada, estos vicios: “se *transustancian* y cambian su naturaleza de vicios formales a vicios materiales. Este tipo de defectos son denominados *vicios de competencia*”.

Pero no solo esta aseveración se puede ver en esta Sentencia, hemos visto más de 5 Sentencias con el mismo decir, de manera especial las Sentencias C-546 de 1993; la Sentencia C-531 de 1995; o la Sentencia C-600 - de 1995.

Así mismo, la Corte en Sentencia C – 249 de 2012⁵⁹ estableció que el poder de reforma de la constitución no solamente se basa en las disposiciones que para el efecto regulan el procedimiento legislativo, sino que su evaluación se extiende a efectos objetivos en tanto que este poder de reforma deberá siempre pasar por un control material especial denominado “test de sustitución” el cual siempre estará enmarcado en las reglas relativas a los vicios materiales, pero aún más; va más lejos cuando afirma que este control es especial, en tanto que no solo se confronta la Ley o el acto reformativo con la constitución sino también con el bloque de constitucionalidad.

Y es ahí donde se debe poner un límite al ejercicio interpretativo de la Corte Constitucional.

Las razones son de exigencia normativa y orgánica, en tanto que la Constitución debe ser acatada por todos, y si bien es cierto; el artículo 241 le designa la tarea de ser el guardián de la Constitución, no menos cierto es que esta función tampoco le permite abrogarse funciones constitucionales que no le han sido explícitamente asignadas, especialmente la de constituyente derivado; obsérvese que el artículo 241 num. 1 es claro en cuanto a que su competencia por actos reformativos de la constitución son **UNICAMENTE POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO**, quiere decir que el vicio de competencia **SIEMPRE SERÁ UN VICIO DE PROCEDIMIENTO**, por ende no

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C – 249 de 2012 Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

entendemos el por qué la Corte ha llegado a establecer que en virtud del vicio de competencia, puede aducir que le asiste la facultad de conocer porque también se trata de un vicio material, habida cuenta que esta interpretación “IN EXTENSO” no solo es ilegal o inconstitucional sino también penal. Porque una cosa es que la Corte decida acoger algunas de las características del control por vicios materiales y otra muy diferente es pregonar que la Corte también conoce los actos de reforma POR CONTROL POR VICIOS MATERIALES. Este no es el querer del constituyente.

Ahora bien, muchos de los que conocen mi trabajo inicial hoy me critican por esta postura en tanto que yo argumenté esta posibilidad de conocer de fondo los actos reformativos de la constitución y hoy considero que esa facultad implica un exceso en el ejercicio hermenéutico de la Corte y además es ilegal. Sin embargo yo sí creo que el vicio de competencia es importante y necesario en tanto que no se puede, so pretexto de alguna reformas permitir que el país caiga en una suerte de dictadura que desconozca todos los postulados fundacionales del Estado Colombiano, así como del Estado Social y democrático de Derecho; porque tan perjudicial y temeroso es una dictadura del Ejecutivo como lo es la dictadura de los Jueces.

Respecto de las cláusulas pétreas o cláusulas de intangibilidad expresa, es claro que no existen y así lo dicen todas las Sentencias de este tema, incluso en la Sentencia hito C. 551, se dice que no existen cláusulas pétreas, sin embargo se hace un análisis de derecho comparado para concluir que esta facultad si existe en el sistema Jurídico de varios países pero no en el sistema Colombiano.

A lo cual nos oponemos en atención a los siguientes hechos:

Una de las razones por la que la Constitución de 1886 dejó de ser compatible con la realidad nacional, es que esa constitución contemplaba un procedimiento agravado de reforma que no permitía la modificación de la constitución, salvo el procedimiento de reforma a través de actos legislativos, no existía ninguna facultad para poder llamar a una asamblea constituyente o constitucional, en tal virtud el movimiento séptima papeleta, siempre adujo que lo que se buscaba era una constitución más flexible que permitiera, así como la constitución de los Estados Unidos, dar a la nación la posibilidad de modificarla sin traumatismo alguno, esa es precisamente la razón por la que la Soberanía pasó de ser nacional a popular.

Empero, con la imposición de facto de cláusulas pétreas; que además COBIJA A TODA LA CONSTITUCIÓN, en tanto que esta no puede ser modificada so pena de ser declarada inexecutable por sustituir los contenidos de la Carta Magna, es que la Corte nos devolvió a la constitución del 86, lo cual no era ni por asomo lo que se buscaba.

Ciertamente, si deben existir cláusulas pétreas o cláusulas intangibles, en lo que se refiere a los principios o lo que yo llamo “leyes de construcción de la República de Colombia” que un poco más extenso y más cercano a nuestro ADN Republicano; pero no debe haber respecto del contenido sociológico de la Constitución; pensemos por ejemplo en que pasaría si decidimos cambiar la facultad nominadora del Congreso que tiene respecto de la Corte Constitucional, o la Procuraduría General de la Nación, el Contralor, cuando quiera que se ha demostrado que este poder nominador ha sido objeto de aberrantes decisiones políticas que nos ha retrocedido en el mundo del derecho, haciendo a estos nominados más activistas que Juristas?.

Indubitablemente no lo podríamos hacer porque implicaría sustitución, a pesar del hecho de que se requiere objetivamente un cambio en esta facultad, habida cuenta que la

necesidad y el prestigio de esas instituciones hoy están en descrédito, o pensemos en las funciones del Consejo Nacional electoral que se quedaron en letra muerta en la Constitución porque al Congreso no le conviene la facultad fiscalizadora de este. Ciertamente no se podría hacer porque implicaría necesariamente sustitución de la Constitución.

3.1.2.3. SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Respecto de la teoría de la sustitución de la Constitución, es menester recordar que esta es una doctrina reciente de la Corte Constitucional de la que aún no se tiene claridad sobre su aplicación y ni siquiera sobre su posición doctrinal, ya que algunos piensan que esta teoría no se enmarca dentro de los vicios de procedimiento sino de los vicios materiales y al mismo tiempo la Corte dice en varias sentencias que se trata de un elemento conexo del vicio de competencia, pero otras dicen que se trata de una evaluación principal y diferente.

Personalmente considero que no es un tipo de vicio sino la vocación finalística de cualquier control constitucional, en tanto que el juicio de la Corte, en cualquier caso; siempre deberá evaluar si hubo o no sustitución de la constitución, sin embargo la Corte hoy en día lo trata como una modalidad de vicio, razón por la cual procedemos a establecer el estudio sobre el particular.

Esta doctrina inicia su génesis a partir del desarrollo del título XIII de la Constitución y los límites al poder de reforma, pues en la Constituyente se pretendió evitar la existencia de cláusulas pétreas que no permitieran ninguna reforma o su capacidad de reforma sea casi que imposible, bien sea por los Quorums o reglas procedimentales inflexibles que a larga generan la inaplicación de la constitución o males mayores en tanto

que el país conduce a una dirección pero la Norma Fundamental indica otra, tal y como sucedió con la Constitución de 1886.

Sin embargo, esta facultad de poder de reforma se encuentra expresamente regulada, tanto para los autores como a los temas objeto de evaluación, pues solo ostenta esta facultad de poder constituyente originario el Congreso de la República, una eventual Asamblea Constituyente o el pueblo mediante referendo.

Amen a lo anterior, también tiene la facultad de reforma constitucional, por virtud de un poder constituyente derivado el Congreso de la República, siendo la Corte Constitucional la única que puede la decidir sobre la constitucionalidad de los actos reformativos de la constitución, de conformidad con el artículo 241 constitucional, pero solo por vicios de procedimiento en su formación.

Pero la Corte desde que nació esta teoría ha ejercido control material sobre el particular, es así como la Corte inicia esta disquisición a partir de la Sentencia C-551/03⁶⁰ que realizó el control sobre la Ley 796 de 2003, por la cual se convocó a un referendo.

En dicha Sentencia la Corte considera que la definición constitucional de vicios de procedimiento contenida en el artículo 242 constitucional se debe entender desde su punto de vista funcional en la medida en que estos vicios se diferencian respecto de su trámite y de su competencia, aunque este no se encuentre previsto en el texto constitucional⁶¹.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-551/03 Magistrado Ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

⁶¹ Cajas, Mario (2008): *El control judicial a la reforma constitucional, Colombia, 1910-2007* (Cali:

Sentencia C-754/13 Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013). Demandas de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 2 de 2012, *“por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”*

HECHOS: el Acto Legislativo 2 de 2012, *“por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”* sobre la cual se establece los límites del fuero penal militar y se crea un tribunal de garantías penales en todo el territorio nacional para el caso de juzgamiento a los militares, la naturaleza de la demanda es que el “estamento militar habría gozado con frecuencia de facultades bastante amplias, gracias gracias a la vigencia casi permanente del Estado de sitio. Así, con apoyo en actas y ponencias de la Asamblea Nacional Constituyente, afirman que como reacción a esa realidad entonces reciente, la carta política de 1991, particularmente en sus artículos 212 a 223, planteó un sistema de estricto sometimiento de la fuerza pública al poder civil, que ahora habría sido severamente afectado por la aprobación de este Acto Legislativo”. Por lo tanto, se estaría sustituyendo la Constitución.

Adicionalmente, señalan que la existencia de este tribunal implica un trato privilegiado y excepcional a favor de los miembros de la Fuerza Pública que es contrario al principio de igualdad, a la existencia de un orden justo y al acceso de los ciudadanos a la justicia.

del artículo 242 (1992-2002) hasta la sentencia C-551 en los que la Corte se Permite algunas interpretaciones del texto constitucional que le permite ampliar su funciones respecto del control Constitucional.

Para llegar a esta conclusión, la Corte empieza por establecer si el poder de reforma se refiere a un poder constituyente originario o derivado, en tanto que solo el poder constituyente original tiene la facultad de sustituir la Constitución; contrario sensu, solo el poder constituyente derivado puede reformarla, y como consecuencia de lo anterior, entonces la Corte deberá evaluar si las modificaciones al texto constitucional son propias de un régimen establecido o si por el contrario, estas modificaciones no existe en la Constitución y por ende viola los principios o como la Corte los denomina “ ejes axiales” de la constitución.

Si bien no existe esta función en la norma constitucional, la Corte parte de la base de su función principal referente a la guarda y la integridad de la Constitución, y mediante juicios lógicos concadenados llega a una valoración hermenéutica de sus funciones en el entendido de 2 principios fundamentales que iluminan todo el ordenamiento jurídico.

**El primero es: LA CONSTITUCIÓN ES NORMA DE
NORMAS de conformidad con el artículo 4 constitucional.**

**El segundo es: A LA CORTE CONSTITUCIONAL SE LE
CONFIA LA GUARDA E INTEGRIDAD DE LA CONSTITUCIÓN
de conformidad con el artículo 241 constitucional.**

Con ocasión del primer principio la Corte⁶² parte del hecho de que la naturaleza de suprallegalidad establece una rigidez conceptual respecto de sus esquemas axiológicos, en tanto que no se podría permitir al poder constituido cambiar o modificar a su complacencia los valores y principios constitucionales.

A su turno, y respecto del segundo punto, la Corte entiende que su posición exclusiva de interprete y guarda de la constitución no puede fundamentarse en una “invocación meramente formal” sino que esta función le exige “aplicar el ordenamiento jurídico conforme al alcance que, para cada caso ha establecido su interprete supremo”⁶³, finalmente la Corte no deja a la interpretación de nadie su papel como supremo guardián y único valorador de las normas constitucionales al afirmar proverbialmente en esta Sentencia:

“entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”

Así las cosas, la inexistencia de límites materiales al poder de reforma solo le es dable al constituyente originario, y por tal virtud, este constituyente estableció el título XIII, en el cual deja claro que todas las posibles reformas no tienen en si mismas la

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-931/04 Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA, veintinueve (29) de septiembre de dos mil cuatro 2004.

⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-113/93, de 25 de marzo de 1993

virtualidad de sustituir a las normas constitucionales previamente estatuidas, haciendo de facto, a la propia constitución un catálogo de cláusulas pétreas.

Para el efecto la Corte hace un juicio de sustitución o test de sustitución, y en tal virtud hace una diferencia entre lo que se entiende por reforma y lo que se entiende por sustitución:

En Sentencia C-1200/03⁶⁴ la Corte Advierte que el término “reformular” del artículo 374. Implica necesariamente que el efecto de la acción conserva la identidad del objeto reformado. lo contrario, comporta la consecuencia obvia que se sustituyó. El objeto del título XIII se refiere únicamente al poder de reforma no al de sustitución, en tanto que no se identifica en la carta magna la sustitución ya que: “la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan”.

<p>Corte Constitucional, Sentencia C-1200/03 Magistrados Ponentes: Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL</p>
<p>Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4° transitorio y 5° (parcial) del Acto Legislativo No. 3 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Política.</p> <p>En esta la Corte estableció:</p> <p><i>Desfiguraría dicho control de sustitución (i) tratar la reforma constitucional como una Ley de rango infra constitucional que carece de fuerza jurídica para modificar la Constitución, (ii) elevar principios o reglas a normas intangibles que el</i></p>

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1200/03 Magistrados Ponentes: Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, Dr.

órgano constituido titular del poder de revisión no puede tocar o reformar como si la prohibición de sustituir la Constitución equivaliera a la petrificación de una parte de la Constitución, (iii) anteponer al poder de revisión supuestos contenidos normativos supraconstitucionales intocables, (iv) efectuar una comparación entre contenidos específicos de la Constitución original y el contenido de la reforma como si el segundo no pudiera contradecir los primeros al reformarlos, (v) limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución original sin analizar si las enmiendas en su conjunto constituyen una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido remplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma.

La Corte en Sentencias C 249 de 2012⁶⁵ y C- 574 de 2011⁶⁶, estableció el test de sustitución, dicho test tiene elementos configuradores de una forma específica de interpretación, ya que no se trata de la simple confrontación entre la norma y la constitución como ocurre en el análisis sobre el vicio material, tampoco sobre la violación de un principio o regla intocable como sucede con el juicio de intangibilidad, sino que el test de sustitución se debe fundamentar en premisas que nos ayude a entender si hubo o no sustitución y en caso de haberlo, si esta sustitución es total o parcial, temporal o definitiva. Dicho test se debe hacer así:

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C – 249 de 2012 Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

⁶⁶ Corte Constitucional; Sentencia C-574/11 Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PEREZ; demanda de inconstitucionalidad sobre prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas establecida en el acto legislativo 2 de 2009 22 de julio de 2011.

Debe haber 3 premisas:

*“En primer lugar **la Premisa mayor (i)** en donde se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución;*

*En segundo término **la Premisa menor (ii)** en donde se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente,*

***La Premisa de síntesis (iii)** en donde se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles”.*

Para establecer la premisa mayor, la Corte debe hacer un análisis de toda la constitución y definir si la norma sustituida es un elemento axial o estructural de la constitución, pero también debe confrontar el Bloque a efectos de determinar el criterio normativo, así como la demostración de que se trata de un elemento definitorio de la identidad constitucional, esto lo puede hacer el juez constitucional a través del test de eficacia, el cual consiste en:

“[c]omprobar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma, porque si las normas después de la revisión resultan ser idénticas, entonces no ha existido reforma constitucional, sino que se ha encubierto con el ropaje de la reforma una decisión política singular, (ii) que el cambio no dio lugar a que se establecieran normas ad hoc o particulares, y (iii) que no se hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución”

Llama la atención como la Corte en la Sentencia C- 574 de 2011, se vuelve a enredar a si misma haciendo la advertencia de que esto no se trata de protección de cláusulas pétreas o cláusulas intangibles de materialidad, ya que considera que “estos límites intrínsecos al poder de reforma no deben confundirse con elementos intangibles ni inmanentes, como en las Constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad expresas o cláusulas pétreas, y a renglón seguido aduce que el análisis de sustitución que se realiza a través de la metodología planteada en la jurisprudencia descrita tiene como finalidad comprobar que se produjo evidentemente una sustitución de la Constitución so pretexto de la reforma”. A lo que nos preguntamos, si este test de eficacia ¿no es el mismo que se puede, o debe aducir para el caso de las cláusulas pétreas? Cual sería la diferencia?

No obstante lo anterior, la misma Corte reconoce que el concepto de sustitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte.

Y en esta línea de pensamiento, creemos que la Corte no ha evaluado en conjunto el criterio del test de sustitución, el cual debe ser analizado a partir de procesos hermenéuticos sistemáticos, pues creo que el test debe cobijar no solo las premisas sino los elementos estructurales de una verdadera sustitución, en tal virtud consideramos que los elementos causales, formales y orgánicos del test deben cobijar al menos:

1.- Un actor: quien es el órgano encargado de producir esta reforma y cuáles son las facultades constitucionales con las que cuenta el actor.

2- ¿A pesar de gozar con estas facultades, este órgano es competente? ¿Es decir, dentro de estas facultades, está la competencia para expedir dicha reforma? ¿Y si la tiene

estas facultades son plenas o están delimitadas por factores externos o procedimentales que determinen su acción?

3.- Una premisa mayor en tanto que se debe determinar qué aspectos definidos como identitarios de la constitución fueron sustituidos por ese acto reformativo? ¿Es decir, ese examen del acto acusado sustituye la constitución?

4.- Existen premisas menores que resuelvan positiva o negativamente la premisa mayor, como es el caso de la demostración de un reemplazo de un valor o principio que efectivamente la sustituya o si se trata simplemente de un acto que la modifique o altere en su forma? ¿ese elemento introducido es opuesto a la constitución al punto de resultar incompatible?

5.- ¿Existen premisas que ya han sido antes estudiadas por la Corte Constitucional? ¿Esas premisas son cosa juzgada constitucional o simplemente se tratan de obiter dictas?,

6.- La Corte debe emitir un fallo que especifique si esa premisa reemplaza un elemento esencial de la constitución por otro esencialmente diferente?

7.- Este acto afecta los derechos fundamentales o económicos o sociales que impidan la igualdad o la vocación social del Estado de derecho? ¿O en términos generales preserva el núcleo esencial del derecho protegido?

Ciertamente, la Corte Tiene razón en que esta es una teoría compuesta por elementos sistemáticos en construcción, y por lo tanto debemos pregonar por una sistematicidad que comporte la existencia de elementos estructurales del estado de Derecho, pero también de los elementos axiales que constituyan un desarrollo que se compagine con elementos

externos que permitan introducir valoraciones sociológicas respecto de la sustitución, de la que estoy seguro, la Corte llegará en su momento.

MARCO REFERENCIAL

MARCO TEORICO.

Se fundamenta en 2 premisas básicas:

La primera se refiere a la necesidad de proteger la constitución en lo que se refiere como ejes axiales o “leyes de construcción de la República de Colombia” en el entendido de que debemos cuidar y proteger las libertades u derechos propios y connaturales del Estado de derecho, para esto usamos teorías como la de Rodolfo Luis Vigo quien considera que la constitución debe tener 2 ejes de interpretación, el primer eje que es el clásico control vertical y por lo tanto se interpreta la ley “DESDE” la constitución, y el segundo la interpretación de la constitución “DE LA CONSTITUCIÓN” es decir, se trata de control horizontal que pretende proteger la integridad de la carta magna con base en los mismos criterios interpretativos que la misma constitución nos da.

El segundo se refiere a la forma de interpretar la constitución desde la constitución, por lo tanto yo propuse en mi tesis de grado, que la constitución en la medida en que se trata de una constitución viviente, no puede desconocer la realidad de la república y los eventos históricos que determinaron nuestra independiencia y la forma del gobierno, es así

que se probó que nadie puede atravesar umbrales que forman parte de nuestro ADN republicano, pues ni siquiera el congreso está facultado para decidir sobre temas que no son de su competencia; o mejor, que excede a su competencia. ya que los contenidos del artículo 241 núm. 1 puede establecer que los actos legislativos expedidos por el Congreso pueden tener toda la ritualidad que se requiere para crear actos modificatorios de la constitución, pero esta escala no permite en modo alguno sustituir la propia constitución, es así como nacen los vicios de constitucionalidad en la medida que buscan crear espacios de imposible intromisión, determinando para el efecto la necesidad de protección del estado de derecho.

Estos ejes axiales contenidos en el preámbulo y los artículos 1 al 9 de nuestra carta Magna son líneas de imposible modificación toda vez que determinan nuestra historia y nuestro valor fundacional instituido en la forma republicana, soberana, democrática y de estricto obediencia a la ley por parte de todos sus ciudadanos, a más de la libertad y la prohibición inequívoca de tiranías por más populares que estas sean.

Y es aquí donde son de especial valor las sentencias de la Corte Constitucional, donde se establece el límite a las facultades de creación de los actos de reforma de la constitución, para la lo cual la Corte estableció una serie de vicios que impiden sustituir la constitución en tanto que esta es una facultad exclusiva y excluyente del constituyente primario, y por ende no es dable sustituir sino reformar, pues los actos de delegación asignados al Congreso, son actos derivados de su función de constituyente derivado.

MARCO CONCEPTUAL.

A efectos de tener claridad de los conceptos de encontrados en el presente estudio que permiten contextualizar sobre las disquisiciones aquí planteadas, se debe tener en cuenta algunas nociones en las que gira nuestra presente investigación:

Constitución Política: algunos la definen como la máxima ley de un país pero otros la entienden como un pacto fundacional de cualquier Estado, es precisamente la noción histórica de la Constitución, por la que algunos juristas asimilan el concepto de constitución con el de “Carta Magna”, en tanto que esta fue la primera constitución acordada por el Pueblo y la monarquía que Gobernaba.

Supremacía: también llamada principio de supremacía constitucional, se encuentra en el segundo inciso del artículo 4 de la constitución (1991), y se refiere a la validez de las normas que se determinan en la medida que desarrollan el texto constitucional, los cuales no pueden contradecir a las normas constitucionales, algunos juristas la explican gráficamente con una pirámide de Kelsen en la que en su punta se encuentra la constitución.

Supralegalidad: también llamado principio de supralegalidad, se encuentra en el primer inciso del artículo 4 de la constitución política (1991), dicho principio se refiere a la eficacia de las normas constitucionales en tanto que la constitución prevé un sistema normativo propio, habida cuenta que las normas de inferior jerarquía no pueden retrotraerse de cualquier desarrollo diferente al expresado por el querer del constituyente so pena de ser consideradas como nulas (inexequibles), algunos juristas explican gráficamente este concepto con la pirámide invertida de kelsen, en donde las normas inferiores no pueden desbordarse de la esfera de protección de la sombra que proyecta la constitución.

Vigor normativo: se trata de un concepto Alemán en el que se expresa que hay cuerpos que de suyo propio prevén la existencia de normas las cuales deben ser consideradas como parte de la legislación interna y su aplicación debe darse como si se tratara de una ley, aunque no haya sido expedida por el legislador, este fundamento teórico es la base para el desarrollo del concepto de bloque de constitucionalidad, bien sea como lo propone la doctrina francesa o como lo propone la doctrina Norteamericana.

Interpretación: el Diccionario de la Lengua española define la interpretación como ⁶⁷, “(del latín *interpretatio*) acción y efecto de interpretar”, y a su vez interpretar se define así ⁶⁸ “explicar o declarar el sentido de una cosa, comprender y expresar bien o mal una acción o palabra”. En consecuencia, se considera interpretar al acto personal de recibir una información perceptible por los sentidos y realizar un proceso de entendimiento para concluir una realidad personal e intrínseca sobre lo percibido que se exterioriza a través de acepciones y conceptos creados por él interprete actualmente nuestro código civil está circunscrito a la **ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO** y de manera especial, a los aportes hechos por el jurista Alemán **FRIEDICH KARL VON SAVIGNY** en materia de interpretación, ya que este es el padre de los métodos de interpretación (gramatical, exegética, histórica, sistemática, etc).

Aplicación directa: se trata de un concepto novedoso extraído de la doctrina constitucional Norteamericana, en tanto que estos proponen la vocación normativa de la norma constitucional para la protección de derechos fundamentales, actualmente en Colombia se han utilizado muy pocas veces pero si ha sido objeto

⁶⁷ DICCIONARIO HISPANICO DE LA LENGUA, Editorial volcán 1998, p 822.

⁶⁸Ibidem.

de aplicación para el caso de los derechos fundamentales y su núcleo esencial de protección intrínseca.

Vicios de constitucionalidad: son vicios que se generan en el momento de expedición de las leyes y sus actos legislativos, esta doctrina es creada por la Corte Constitucional en la que se establecen criterios de interpretación SUI GENERIS que impiden al Congreso exceder su función de constituyente delegado y de legislador.

MARCO JURÍDICO

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

- Preámbulo
- Artículo 1
- Artículo 2
- Artículo 3
- Artículo 4
- Artículo 5
- Artículo 6
- Artículo 7

- Artículo 8
- Artículo 9
- Artículo 113
- Artículo 149
- Artículo 150
- Artículo 151
- Artículo 152
- Artículo 153
- Artículo 157
- Artículo 158
- Artículo 159
- Artículo 160
- Artículo 163
- Artículo 168
- Artículo 169
- Artículo 189
- Artículo 191
- Artículo 200
- Artículo 241
- Artículo 242
- Artículo 243
- Artículo 374

- Artículo 375
- Artículo 376
- Artículo 377
- Artículo 378.

CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA DE 1787.

Articulo III, sección 2^a

2.1.1. LEYES:

- Código Civil
 - Artículo 11
 - Artículo 12
- Ley 3^a de 1992, faculta la creación de reglamento para el Congreso y crea algunas funciones a los Congresistas.
- Ley 5^a de 1992, Reglamento del Congreso
- Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.
- Ley 974 de 2005, o Ley de Bancadas.
- Ley 1828 de 20176, por medio de la cual se expide el código de ética y disciplinario de los Congresistas.
- Ley 1833 de 2017, por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley 5^a y se crea la comisión legal para la protección de los derechos de las comunidades negras o población Afrocolombiana del Congreso.

- Ley 2003, por la cual se modifica la Ley 5 de 1992 y se dictan otras disposiciones.
- Ley 2267 de 2022, por medio de la cual se modifica la Ley 3ª, 754 y 1921 respecto del número de Congresistas en las comisiones constitucionales.

NOTA: SENTENCIAS SE ESTIPULAN EN LA BIBLIOGRAFIA.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

DISEÑO METODOLOGICO

Desde el punto de vista de su finalidad este proyecto se enmarca en la característica básica y predictiva.

Por su temporalidad, la estructura es asincrónica, en la medida en que se usan elementos históricos mundiales como la Carta magna de 1215, y posteriormente se centra en Colombia en los periodos de 1810 a 1930 y luego desde el año 1998 hasta nuestro tiempo.

En virtud de su Alcance, utilizaremos el método explicativo – analítico, habida cuenta existe unos principios interpretados a partir de las causas histórico – políticas que devienen desde la independencia, y luego desde el punto de vista jurídico en virtud de la creación de los vicios que limitan el alcance del precepto constitucional que lo desarrollan en forma diferente al querer del Constituyente primario.

La Amplitud será micro en la medida de que se trata principalmente de un debate académico

En tal virtud, el Nivel de Medición será cualitativo, habida cuenta que se trata de un debate netamente académico, pero que ambiciona crear las condiciones para que se presenten modificaciones políticas y jurídicas.

La característica participativa interactiva de este trabajo de grado se realizó a través de miembros de la comunidad jurídica exclusivamente, para esto se incluyeron a los docentes y alumnos de la Universidad, por lo tanto se evidencia que se trata de una comunidad muy reducida que tienen en común conocimientos de derecho.

INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Adicionalmente y en virtud de la naturaleza filosófica adjetiva que prevé este trabajo de grado, los únicos INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN son exclusivamente documentales y casuísticos en la medida en que solamente se utilizaron jurisprudencias de la Corte Constitucional.

Análisis y Discusión de Resultados

El primer hallazgo que se demuestra es la falta de consistencia y claridad de esta teoría, ya que la misma Corte Constitucional incurre en errores de ubicación, así como es la valoración axiológica de los vicios de constitucionalidad, en la medida en que existen elementos que son objeto de fundamentación de esta teoría, pero la misma corte no tiene claridad de donde ubicar tal elemento.

Es así como la misma Corte en ocasiones considera que el test de sustitución es un elemento característico del vicio de competencia pero en otras sentencias le da valor de elemento independiente al test.

Nosotros creemos que el test debe ser en primera instancia aumentado en la valoración de sus premisas, y sus postulados, cuando quiera que el test debe incluir elementos axiológicos y epistemológicos que contengan una valoración real y las protectora del estado de derecho, así como de los ejes axiales que fundan nuestro sistema jurídico político.

A su turno, no creemos que el test se debe enmarcar en ninguna clase de vicio, habida cuenta que la vocación finalística del test es la de evaluar si una ley sustituye o no la Carta Magna.

Igualmente se evidenció que la Corte en ocasiones le da valor de vicio material al principio de reserva de ley, o la violación del principio de unidad de materia, pero en ocasiones los ubica dentro de los vicios de competencia y en algunos casos llega a concluir que esta subclase de vicios es parte de la teoría del vicio de competencia.

Esta es precisamente la razón por la que ningún tratadista se ha animado a realizar una obra sobre el particular. Tal vez es por esto que la misma corte Constitucional reconoce que se trata “de una teoría en construcción”.

Conclusiones y Recomendaciones

Como ya lo habíamos anotado, la Corte induce a confusión cuando elabora la teoría de los vicios a partir de un criterio subjetivo pero contradictorio, lo cual evidencia la imposibilidad absoluta de la creación sistemática de los vicios, tanto es así, que en ocasiones los mismos demandantes califican vicios materiales como de fondo, o incluso como sustitución de la Constitución, y otras ocasiones los mismos argumentos sirven para determinar cómo vicios de competencia la demanda incoada.

Sobre el particular, es demostrativa la sentencia C-245/19⁶⁹ "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera". Donde la Corte hace una

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-245/19, M. P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO

modificación de postulados y ubica en determinados vicios elementos propios de otro tipo de vicios.

En virtud de la teoría de los vicios de constitucionalidad, la Corte se ha atribuido funciones y ha dictado normas que parecen más reglamentarias que devenidas de su actuar como garante de la Constitución, en tal virtud, la Corte se ha atribuido funciones como la de señalarle plazos al congreso para la expedición de las leyes, las mismas sentencias interpretativas y manipulativas donde la Corte ha establecido criterios de aplicación y validez de la ley que no se señalaban y en muchas ocasiones NISIQUERA SE DEBATIERON EN EL CONGRESO, o la exigencia de la Corte de que el ejecutivo rinda cuentas respecto del cumplimiento de las sentencias proferidas. Y ciertamente la de evaluar el contenido material en los actos legislativos.

Respecto de la concepción hermenéutica de la Corte, llama la atención que esta asume su posición férrea de supremo guardián de la constitución, llegando a esa acepción lapidaria ya comentada, referente a:

“...entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”

Lo cual implica que la Corte se ubicó en su papel de supremo guardián, al lado de la misma constitución, volviéndose un poder supra constituido de vocación suprema solamente equiparable a la propia constitución, muy a pesar de que no existe una sola norma que así la identifique, porque la función de supremo guardián es de vocación axiológica y hermenéutica, y si bien hay algunos excesos de la Corte que son inocentes, e incluso hasta estimulados, como es el caso del vicio de competencia; no menos cierto es que esa facultad arbitraria puede convertirse en el tiempo en una facultad tiránica, y más peligroso que un presidente totalitario es un juez totalitario.

Finalmente queremos dejar constancia que si bien la propia Constitución establece la prohibición de cláusulas Petreas o intangibles, la misma Corte desde la famosa y comentada sentencia C – 551, instauró de facto estas cláusulas, en tanto que dejó en claro que ningún poder de reforma de la Constitución es un poder originario y en tal virtud todos los actos de reforma, incluso los que vienen del mismo pueblo pueden sustituir la Constitución, lo cual genera un grave problema hacia futuro, toda vez que esta no se adecuaría a las nuevas necesidades que puedan surgir como producto del devenir político o social de nuestro país, y lo que se

buscaba desde el proceso de la séptima papeleta es que la constitución fuera semirrígida como la Constitución de Estados Unidos o la de Weimar, lo cual garantiza que esta se pueda adecuar a los cambios sociales y no haya necesidad de buscar mecanismos alternativos de excepción para crear una nueva constitución; tal y como pasó con el proceso constituyente de la constitución de 1886.

Creemos que aunque la Corte no hace política sino se limita a establecer valores, principios y reglas devenidas de su función hermenéutica, si creemos también que la Corte en muchas ocasiones ha re direccionado las normas en virtud de un ideal político, pensemos en 1 caso en específico, el que se refiere a la familia, en tanto que sentencias como la T – 142 de 2023, ha decidido que existe una familia multiespecie conformada por humanos y animales, sin embargo el artículo 42 constitucional establece que la familia son miembros de la especie humana creados por un hombre y una mujer, sin embargo la Corte poco o nada le interesó el imperativo categórico contenido en nuestra carta magna.

Lista de Referencia o Bibliografía

LIBROS:

DEL AUTOR:

ROMERO TAPIA, M. (2019). Análisis de interpretación y Controles de Constitucionalidad en Colombia. [Tesis de grado, Universidad La Gran Colombia] TESIS LAUREADA “*CUM LAUDE*”

AUTORES VARIOS:

ALEXY R (1996), Teoría del discurso y derechos humanos Edit. U.E.C.

ARAGON REYES M, Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 1986.

BOBBIO Norberto, Teoría General del Derecho, Bogotá, Edit. Temis, 1987.

CAPELLETI Mauro, El Control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado, México. 1966.

CAPELLETI Mauro, Proceso, ideologías, sociedad. Buenos Aires, Edit Europa-América, 1974

CHANIN LIZCANO Guillermo, El Control de la Actividad del Estado a la luz de la Constitución Colombiana de 1991. Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano, Bogotá, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, 1994

CHARRY URUEÑA Juan Manuel, Derecho Constitucional General, Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1985.

CHARRY URUEÑA Juan Manuel, Justicia Constitucional, Bogotá, Edit. Temis. 1993

CHARRY URUEÑA Juan Manuel, La excepción de inconstitucionalidad, Bogotá, Edit. Jurídica RADAR, 1994.

DICCIONARIO HISPANICO DE LA LENGUA, Editorial Volcán .1998,

DE LA QUADRA Tomas, INTERPRETACIÓN DE LA constitución y órganos del estado en División de poderes e interpretación. LOPEZ PINA, Antonio, Madrid: Edit. Tecnos, 1978.

EZQUIAGA GANUZAS Francisco, La Argumentación en la justicia Constitucional Española. Instituto Vasco de Administración Publica, Oñati, 1987, p.30.

FAVOREAU L. (2000), Legalidad Y Constitucionalidad, La constitucionalización del derecho - temas de derecho Público. Edit. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. U.E.C.

GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, Reflexiones sobre la Ley. Edit. Civitas, Tercera Edición, 1984.

HESSE K. (1992) escritos de Derecho Constitucional, 2da edición, centro de estudios constitucionales de Madrid.

HOBBS Thomas, 2006, LEVIATAN o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil. ed Fondo de Cultura Económica.

KELSEN Hans. Compendio de Teoría General del Estado. Edit. Blume. Barcelona. 1979.

KELSEN Hans., Teoría General del Derecho y del Estado. Edit. Universidad Autónoma de México. 1988. P.163

KELSEN H. (2008), tercera edición, Teoría General del Derecho y del Estado. Edit. U.A.M.

KELSEN Hans. Teoría Pura del Derecho, México, Edit. Nacional, 1989.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN IBEROAMERICA, Bogotá. Edit. Universidad Externado de Colombia, 1984.

LUIS VIGO Rodolfo, Interpretación Constitucional, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires.

LOWESTEIN Karl, Derecho Constitucional, Trad. de Luis valladares Edit. Latinoamericana de publicaciones, Buenos aires.

PALACIOS TORRES Alfonso. Concepto y control del procedimiento legislativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005

Principios de legislación y codificación, ed. de Francisco Ferrer y Valls, 2 vols., Madrid, 1834.

RAMÍREZ CLEVES Gonzalo; límites de la reforma constitucional en Colombia, edit. Universidad Externado de Colombia, 2005.

RESTREPO PIEDRAHITA Carlos, Tres Ideas Constitucionales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988-

RESTREPO PIEDRAHITA Carlos, Constituciones Políticas Nacionales de Colombia. Ed. Universidad Externado de Colombia, 1995

RESTREPO PIEDRAHITA Carlos, el Congreso Constituyente de la villa del Rosario de Cúcuta de 1821, Ed. Universidad Externado de Colombia,

ROMBOLI Roberto. Topología de las decisiones de la Corte constitucional En el proceso sobre la Constitucionalidad de las leyes citado por Edgar Solano Alarcón.

SACHICA Luis Carlos, Derecho Constitucional General. Bogotá Edit. Dike, 1990. p. 10.

SACHICA Luis Carlos. Nuevo Constitucionalismo Colombiano. Bogotá D.C., Edit. Temis.1989.

SANIN GREIFFESTEIN Jaime, La Defensa Judicial de la Constitución, Bogotá. Edit. Temis, 1971.

SOLANO Edgar. Sentencias Manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia. Edit. Universidad Externado de Colombia.

TAFUR GALVIS Álvaro, Nuevas corrientes del Derecho Constitucional Colombiano, Bogotá. Edit. Dike, 1994.

VIDAL PERDOMO Jaime, Derecho Constitucional General, Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1985.

ZAMUDIO HECTOR Fix, La justicia Constitucional en Ibero América, ponencia presentada dentro del marco del segundo coloquio Ibero Americano de derecho constitucional, Edit. U.E.C.

REVISTAS Y ARTÍCULOS.

CAJAS SARRIA Mario (2008): *El control judicial a la reforma constitucional, Colombia, 1910-2007* (Cali: Universidad Icesi)

<https://www.icesi.edu.co/editorial/control-judicial>

CAJAS SARRIA Mario (2005): Origen del Control Constitucional de las Leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952); Mario Cajas Sarria, Revista jurídica precedente; universidad Icesi

<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1414>

CASTILLO AGUILAR, María Carolina; Padrón Pardo, Floralba; Sierra Porto, Humberto Antonio. Vicios formales de la ley. Análisis desde la jurisprudencia constitucional colombiana. En Revista del Estado, núm. 14, junio 2003, págs. 178 y ss.

GARCIA PELAYO Manuel; **CONSTITUCIÓN Y DERECHO CONSTITUCIONAL**. Constitución y derecho constitucional evolución y crisis de ambos conceptos, Madrid, Revista de Estudios Políticos, Año VII,37 y 38 ,1984, p53-54.

<https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-37-38-enerofebrero-1948/constitucion-y-derecho-constitucional-evolucion-y-crisis-de-ambos-conceptos-1>

OROZCO SOLANO V. ARTÍCULO El valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense: El caso particular. de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **REVISTA JUDICIAL No. 113**.

MARTINEZ CABALLERO, Alejandro, Control Constitucional, Interpretación de la Constitución, Bogotá, Revista Universidad de los ANDES, 1991, p 2.

ORTIZ, Julio Cesar, El Sistema de control constitucional en Colombia, Bogotá, Revista Universidad Externado de Colombia # 1 de 1991, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1991

PAEZ VELANDIA, Didimo. El Control de la Constitucionalidad en los estados latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia, Bogotá, Edit. De la Revista de Derecho Colombiano”, 1985. p. 170

RAMELLI Alejandro; *Revista Derecho del Estado*. Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia, 30 Abril de 2021 en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6954/9790>

VIDAL PERDOMO Jaime, En “Revista de la Universidad Externado de Colombia”, Volumen XXI, Nos, 1 y 2 de Agosto 1980, Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia. 1980. p.46.

SENTENCIAS

CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional, Sentencia C-102 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-531/95, MP. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia C-600A/95. MP Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-448/97 MP: Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencias C-702 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional. Sentencia C-809 de 2001.M. P. Dra.Clara Inés Vargas

Corte Constitucional, Sentencia C-501/01 M.P. M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C-995/01M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-508 DE 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia C-551/03 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, sentencia C-1200/03 Magistrados Ponentes: Manuel Jose Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional; sentencia C-1177 de 2004 Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional; Sentencia C-668/04, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia C-931/04 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2009, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional; Sentencia C - 141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional; Sentencia C - 685 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional; Sentencia C-574/11 M. P. Juan Carlos Henao Perez

Corte Constitucional, sentencia C – 249 de 2012 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional; Sentencia C-013/14, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional; Sentencia C – 087 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub,

Corte Constitucional, Sentencia C-633 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Corte Constitucional, Sentencia C-135 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez,

Corte Constitucional, Sentencia C-245/19, M. P. Alejandro Linares Cantillo

Corte Constitucional; Auto n° 188/20. Del 3 de Junio de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Agosto 17 de 1911, M.P. Dr Alberto Suarez Murillo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, decisión del 20 de abril de 1912, M.P. Alberto Suárez Murillo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 17 de julio de 1915, M.P., Dr. Juan N. Mendez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 30-X- 47 , Gaceta judicial XLV, No. 2070- 2071 p. 572

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 28 de julio de 1952, M.P. Luís Enrique Cuervo. Gaceta Judicial, Página 683

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 18 de Agosto de 1958, M. P. Dr. Pedro Pacheco Osorio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 20-X-73. Revista Foro Colombiano No 52, 1973, p. 404.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de 14- VIII DE 1977.