

5

SERIE DE  
**DOCUMENTOS DE TRABAJO**  
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Evolución del control de  
constitucionalidad en los últimos  
20 años: ¿de un estricto control  
jurídico hacia un control de  
conveniencia y oportunidad?**

Germán Lozano Villegas

---

## **SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO**

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en [www.icrp.uexternado.edu.co/](http://www.icrp.uexternado.edu.co/)

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 5  
***Evolución del control de constitucionalidad en los últimos 20 años:  
¿de un estricto control jurídico hacia un control  
de conveniencia y oportunidad?  
¿Cuál debe ser el verdadero papel de la justicia constitucional  
en nuestro sistema democrático actual?***

Germán Lozano Villegas

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del Autor y la Editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del Autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la Editora y la editorial.

© 2014, Departamento de Derecho Constitucional,  
Universidad Externado de Colombia.  
Paola Andrea Acosta, Editora  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia  
[www.icrp.uexternado.edu.co/](http://www.icrp.uexternado.edu.co/)

---

# Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO  
*Directora del Departamento  
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.  
*Editora*

# **Evolución del control de constitucionalidad en los últimos 20 años: ¿de un estricto control jurídico hacia un control de conveniencia y oportunidad?**

**¿Cuál debe ser el verdadero papel de la justicia constitucional en nuestro sistema democrático actual?**

## INTRODUCCIÓN

De manera breve, considero necesario para el desarrollo de la hipótesis de esta ponencia, recordar el muchas veces citado pero nunca olvidado y aún vigente debate sobre la naturaleza del órgano y parámetro encargado de la protección a la Constitución, disputa doctrinal entre CARL SCHMITT con su obra *La defensa de la Constitución* y la réplica de HANS KELSEN en *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, que ha dado origen a un gran desarrollo doctrinal desde la filosofía política, filosofía del derecho y por supuesto del derecho constitucional sobre la naturaleza de la constitución y su garantía. Lo anterior, con el fin de extraer algunos elementos de tan importante discusión para traerlos a tiempo real y analizar cual es o debería ser el alcance del control de constitucionalidad que ejerce la Corte en nuestra democracia actual y verificar si hay excesos o defectos en su ejercicio.

En síntesis, y para los efectos de este trabajo nos basta extraer de este debate las siguientes conclusiones:

Para SCHMITT, el órgano garante de la constitución debe ser un órgano político quien interprete la voluntad del pueblo, la unidad de la Nación. En su opinión se trata de un poder neutral ajeno a la dinámica y presiones parlamentarias, en la medida que cada grupo ejerce presión para favorecer sus intereses y por lo tanto esta tarea de garante constitucional no puede ser encomendada al parlamento. Adicionalmente, afirma que dicho órgano de garantía se aleja también de la dialéctica judicial en tanto a ésta le corresponde estrictamente la aplicación del derecho más no la definición de su contenido y en esa línea afirma el autor que si esta labor se ejecuta por un juez sería no solamente juridificar la política sino politizar la justicia, en tanto el juez estaría determinando el contenido del derecho, en este caso, la propia Cons-

titución. Razón por la cual y como es por todos conocido, SCHMITT radica en cabeza del Presidente de Reitch la defensa de la Constitución, quien en términos políticos representa e interpreta la unidad del pueblo y establece el contenido de la Constitución.

Por su parte, KELSEN refuta lo anterior cuando afirma, que la neutralidad del Presidente es un espejismo así como su independencia frente a los poderes políticos, a la vez que afirma que solamente un tribunal judicial ajeno a la dinámica política -Tribunal Constitucional, puede llevar a cabo una neutral y objetiva la defensa de la constitución con fundamento en criterios jurídicos fruto del contenido de la norma suprema, actividad que reconoce tiende a creación derecho, principalmente, como legislación negativa. Valga agregar aquí, que en la formulación inicial de KELSEN el control busca garantizar la plenitud de la norma básica –Constitución– que aseguran la producción del derecho, o mejor, su procedimiento, y solo excepcionalmente, sobre normas de contenido material o sustancial.

Este último punto es el que actualmente en los países que cuentan con sistemas de justicia constitucional ha cambiado: la incorporación de amplias y ricas –en hora buena– declaraciones de derechos, normas y principios de carácter sustancial, situación que ha generado que el original sistema de control concentrado formulado KELSEN haya sufrido algunos embates, principalmente, por el rol protagónico del juez constitucional en el estado actual y algunas vicisitudes en ejercicio de su función interpretativa dada la complejidad en algunos casos establecer el contenido de norma constitucional, su difícil relación con el parlamento, su legitimidad, entre otras.

#### 1. LOS LÍMITES PARA JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE NORMAS ABIERTAS Y EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS POLÍTICOS

La importancia de esta discusión académica entre los autores mencionados para el tema que nos ocupa radica en los siguientes términos: Cuando el juez constitucional interpreta normas de contenido material y carácter abierto necesariamente involucra una actividad jurídica y política, al tratarse naturalmente de la interpretación de una norma fruto de un proceso político. Y a partir de allí, pueden afirmarse, como lo ha hecho gran parte de la doctrina, que la actividad de la Corte Constitucional pueda considerarse política, máxime aún, cuando en algunos casos el juez constitucional fija, delinea o establece la orientación o contenido de una disposición inferior para encausar su contenido a la norma superior; situación que es necesario diferenciar a aquella en virtud el juez constitucional le está vetado tomar decisiones fundadas en criterios políticos o de oportunidad.

Esta participación que ejerce en buena hora el juez constitucional en la orientación política del estado constitucional ha dado origen a la expresión jurisdiccionalización de lo político –como criticaba Scmitt- en el sentido que

cierto tipo de decisiones políticas terminan siendo analizadas o ajustadas de conformidad con la Constitución por el órgano de justicia constitucional quien en ese momento participa desde su perspectiva como un órgano político negativo en la toma de decisiones del estado, en tanto respeta, amolda o excluye una alternativa política –principalmente parlamentaria– más no plantea una propuesta política propia. Lo contrario equivaldría a decir que directamente el garante de la Constitución podría desarrollar directa y abiertamente los postulados constitucionales.

Sin embargo, pese a este innegable carácter político de la actividad de control jurisdiccional de constitucionalidad no puede desconocerse que algunas situaciones pueden generar confusión, dificultad y extralimitación en su ejercicio. Procederé a analizar las siguientes tres situaciones.

La primera de ellas, radica en que ciertos casos la interpretación de ciertas normas de contenido material supone una discrecionalidad política amplia, la cual por antonomasia le corresponde definir al parlamento, concretamente con aquellos actos de relación entre los poderes del estado, actos discrecionales o antiguamente llamados actos políticos, donde el juez debe respetar la opción política democrática presentada por el gobierno o parlamento, si se ha seguido el procedimiento establecido, salvo que se trate de una abierta y desproporcionada arbitrariedad. Aquí lo que surge es un control político cuya argumentación obedece a criterios de oportunidad y conveniencia y su ejercicio se encuentra a cargo de un órgano político, como por ejemplo, la presentación y el retiro de un proyecto de ley, la decisión sobre un moción de censura, la disolución de las cámaras –régimen parlamentario– y la declaratoria de los estados de excepción, caso último, el cual tiene un desarrollo diferente en nuestro país. Decisiones que por regla general deben corresponder al parlamento u órgano político; restando al órgano judicial respetar la decisión política y realizar un escrutinio sobre los elementos legales del acto.

La segunda dificultad, surge en aquellos casos que si bien no son situaciones exentas del control jurisdiccional como en el caso anterior, surge para el juez constitucional una labor de control de sobre la discrecionalidad política del parlamento, labor que deberá emprender con gran precaución so pena de anular la alternativa política del órgano depositario de la voluntad popular. Por ésta razón la función de control ejercido por la Corte debe suponer un sentido de consideración o deferencia para el órgano democrático y su iniciativa política bien mediante la presunción de constitucionalidad de las leyes; la intensidad del escrutinio constitucionalidad deberá ser leve o intermedio en decisiones fruto de una discrecionalidad política amplia –ejm, decisiones política monetaria e internacional–; y adicionalmente, en el hecho de demostrar mediante una carga argumentativa judicial suficiente que el control judicial sobre situaciones que dado su marcado carácter político generan duda sobre sí le corresponde un control político o control de constitucionalidad.

La tercera dificultad, radica en que la decisión de juez constitucional independientemente de su contenido debe estar fundamentada en parámetros jurídicos y en una argumentación judicial que garantice la armonía del sistema jurídico y la propia legitimidad judicial de la Corte. Dicho en otros términos, el juez constitucional no puede, salvo que la Constitución expresamente lo establezca, tomar decisiones fundamentadas en criterios de oportunidad y conveniencia ni en argumentaciones ficticias que busquen disfrazar verdaderas decisiones políticas.

De lo anterior, se concluye lo siguiente: (i) existen actos de la dirección política del estado que deben ser objeto de control político y no jurídico, (ii) el juez constitucional debe ejercer control respetuoso de la discrecionalidad política de los órganos políticos so pena de no exceder sus límites que la propia constitución le impone (iii) el juez constitucional pese la dificultad que puede suponer ejercer el control constitucional con fundamento en normas abiertas no puede tomar decisiones con fundamentos distintos a la constitucionalidad.

Para efectos de nuestro estudio y en particular la hipótesis de trabajo, nos concentraremos en la conclusión número (iii), en virtud de la cual el juez constitucional no puede independientemente de la actividad de control que realice, tomar decisiones de conveniencia y oportunidad, como pareciera ser la tendencia a partir de la decisión C-252 de 2010, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de la declaratoria de emergencia social pero se dejaron vigentes algunos de sus efectos en el tiempo, como se demostrará a continuación.

## 2. ¿DE UN CONTROL JURÍDICO A UN CONTROL DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN?

En materia del control constitucionalidad sobre los estados de excepción consagrado en el artículo 241 constitucional ha existido una larga e interesante controversia relacionada con la naturaleza del control que debe recaer sobre el acto de declaratoria del estado de excepción, en el sentido sí éste debe ser objeto de control jurídico por la Corte Constitucional o si por el contrario debe ser objeto de un control político por el Congreso de la República.

A partir de la expedición de la Constitución de 1991 y lo que podemos llamar una primera etapa puede decirse que la Corte Constitucional sostuvo un control jurídico integral: formal y material sobre el acto de declaratoria, postura general aunque con algunos salvamentos de voto, los cuales afirmaban que se trataba de un control político y que el acto de declaratoria debía sustraerse del control judicial; adicionalmente, se afirmó también que la propia constitución establece en el artículo 241 que el control recae sobre “*los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución*”, esto pareciera indicar que se trata de un control sobre los decretos expedidos con fundamento en la declaratoria y no

sobre éste último. Sin embargo, la Corte se inclinó por un control material sobre la declaratoria.

Una segunda etapa se presenta a partir de la expedición de la Ley 134 de 1994 Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, a partir de la cual se enriqueció el ejercicio del control jurídico en tanto se involucraron los nuevos criterios de la citada ley tales como necesidad, proporcionalidad, entre otros, que hicieron más riguroso el control sobre la declaratoria, tal como se demuestra doctrinalmente. Reales.

Una tercera etapa se produce, a partir de la importante decisión C-802 de 2002 en la cual la Corte unificó y reformuló su doctrina y planteó las siguientes premisas, que la han constituido como la sentencia hito en materia. En resumen se dijo:

El acto de declaratoria es un acto jurídico que se proyecta políticamente. Es más, lo catalogó de acto reglado no solo en su procedimiento sino en su contenido, lo que supone que según la Corte es un acto que se encuentra completamente regulado por el derecho y por tanto objeto de intervención judicial plena. Situación que no comparto ya que en mi opinión es un acto político por excelencia que contiene algunos elementos reglados.

Existe una inescindibilidad entre el acto de declaratoria y los decretos legislativos –o de desarrollo– en la medida que son interdependientes entre sí. Situación que no he compartido, toda vez que en la declaratoria se hace una valoración sobre la realidad política mientras que en los de desarrollo se toman medidas que pueden ir exceder ir en contravía de la misma declaratoria. Razón por la cual existe una relación de dependencia del los segundos frente al primero, ya que la declaratoria es la fuente que justifica la adopción de las medidas y por tanto es independiente de aquellos.

Reformuló los criterios para la declaratoria los cuales condense en los siguientes términos:

– **Presupuesto objetivo.** En la medida que constituye una situación objetiva establecer los hechos que dieron la declaratoria. Para el estado de emergencia debe aclararse que no se trate hechos previstos en el 212 y 213 de la Constitución o que constituya grave calamidad pública y además deben ser extraordinarios y sobrevinientes, doctrina que se recoge en la decisión C-135 de 2009. En este punto, he considerado que esta situación no puede ser objetiva, toda vez que hay siempre presente una valoración del intérprete. Vgr., gravedad, amenaza, etc. Solo con una medición de cuantos secuestros, tomas, inundaciones, podría convertir en objetivo este presupuesto.

– **Presupuesto valorativo.** Corresponde al análisis que hizo el Presidente sobre la gravedad de los hechos que justifiquen la declaratoria de excepción. En concreto para el estado de emergencia la perturbación o amenaza debe ser grave e inminente. C-135 de 2009. Aquí la Corte manifiesta que el funcionario tiene un

*margen de discreta apreciación* en la medida que solo una decisión arbitraria o errónea puede suponer una intervención del juez constitucional. En este tema considero, que conceptos jurídicos indeterminados como llama la Corte como por ejemplo gravedad, amenaza son susceptibles de interpretaciones de conveniencia y oportunidad más no aplicación a un único caso justo como insiste la Corte.

–**Suficiencia de las medidas.** En este escenario se analiza si los medios ordinarios con que cuenta el gobierno eran suficientes para afrontar la situación de crisis o si por el contrario se requieren otros necesarios para hacer frente a la situación de anormalidad. Es igual para el estado de emergencia C-135 de 2009.

Sin embargo, con ocasión de la famosa crisis del sector de 2009 y la expedición de la decisión C-252 de 2010, la Corte Constitucional, si bien luego de realizar el ejercicio objetivo antes expuesto con el análisis de las particularidades para el estado de emergencia social, llegó a la conclusión que no existían objetivamente los elementos para su procedencia objetiva y procedió en estricto rigor a declararlo inconstitucional:

“El decreto declaratorio del estado de emergencia social se ha encontrado contrario a la Constitución Política, por cuanto no logró demostrarse la presencia de hechos sobrevinientes ni extraordinarios (presupuesto fáctico); si bien la situación reviste de gravedad no resulta inminente (presupuesto valorativo); y el Gobierno dispone de medios ordinarios para enfrentar la problemática que expone en salud (juicio de suficiencia)”.

Sin embargo, y presten atención aquí, decidió mantener los efectos de algunos decretos de desarrollo relacionados con nuevas fuentes tributarias para financiar el sector salud, bajo el título de: efectos diferidos de los decretos de desarrollo que establezcan fuentes tributarias de financiación debido a que “*La gravedad de los hechos justifica acudir a esta modalidad decisional*” y que justificó con fundamento en la facultad que se abrogó la propia Corte de definir el alcance de sus fallos, concretamente, los efectos de inexecutable diferida o constitucionalidad temporal, y trae a colación la doctrina contenida en las decisiones C-852 de 2005 y C-737 de 2001, de donde se concluye:

“Ahora bien, esta modalidad de sentencia de inconstitucionalidad diferida resulta excepcional y debe entonces soportarse expresamente, como lo ha determinado este Tribunal, al indicar que puede recurrirse a la misma en la medida en que: (i) se justifi[que] expresamente esa modalidad de decisión; (ii) claramente se desprende del expediente que la declaración de inexecutable inmediata ocasionaría un vacío normativo que conduciría a una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada; (iii) se expli[que] que esa solución es más adecuada que la de recurrir a una sentencia integradora, para lo cual debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el margen de configuración

que tiene el Legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento y, finalmente si, (iv) el juez constitucional justifi[que] la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales’.

Luego del ejercicio anterior, salta a la vista lo siguiente: La Corte ha estimado que no existe presupuesto valorativo por lo tanto no existió gravedad e inminencia pero como se acabo de mostrar la justificación para mantener las medidas si recurre a la gravedad. ¿no grave por una parte y grave por la otra? Evidencia un contrasentido. También se delata en este estricto escenario de control jurídico que la declaratoria del estado de emergencia es inconstitucional luego como puede justificarse la extensión de unos efectos –los tributarios– cuando como afirma la Corte, existe una inescendibilidad entre de la declaratoria y los decretos de desarrollo. En nuestra opinión, no es jurídicamente sostenible en este escrutinio que hace la Corte Constitucional mantener la vigencia de dichas disposiciones, eso deja entrever con toda claridad que es una decisión inspirada en decisiones de conveniencia pero no en su propia doctrina.

Pero vamos más allá, el criterio de la inconstitucionalidad diferida, que es cierto, existe en nuestro ordenamiento y en el derecho comparado, no es una figura aplicable a este caso por sencillas y claras razones: (i) lo que se busca con esta tipología de decisiones en darle una aplicación progresiva de la Constitución y evitar grandes traumatismos en el sistema constitucional; situación que no se verifica en este caso, puesto que bien existe el parlamento como órgano constitucional encargado de responder y atender el llamado legislativo para superar la crisis por lo tanto no se trata de una decisión necesaria y (ii) toda vez que los efectos diferidos pueden encontrar justificación conceptual en la medida que el juez constitucional debe ser respetuoso con el principio de conservación de la norma o lo que es igual la presunción de constitucionalidad de ley objeto de juicio; situación que en este caso no se presenta. Por el contrario, se trata de una acumulación de poderes en el Presidente de la República que sugiere un pronto, severo y eficaz sistema de controles, que en este caso parece premiar el exceso de las facultades presidenciales en autoinvestirse con facultades excepcionales –que he sostenido debería a priori otorgarlas el Congreso–. Por lo anterior, esta modulación de efectos, según lo aquí expuesto no es otra cosa que un saludo a la constitucionalidad de la emergencia social.

Tan cierto es lo anterior, que la honorable Corte sintetiza su decisión así: *“Esta Corporación no puede ignorar las graves consecuencias, socialmente injustas y notoriamente opuestas a los valores, principios y derechos constitucionales, que se derivarían de la abrupta e inmediata pérdida de vigencia de todas las medidas expedidas en uso de las facultades de excepción”*.

Esta decisión rompe con el esquema que había creado la Corte en la llamada inescindibilidad del acto de declaratoria y los decretos de desarrollo. Por el contrario, parece sugerir éste análisis que los decretos legislativos pueden ser validos y eficaces desde el punto de vista del derecho constitucional sin estar amparados en ninguna determinación. Dicho en términos sencillos, se trata de un acto desprovisto de motivación jurídica o un acto de oportunidad y conveniencia de la Corte Constitucional. ¿un paso del enfoque kelseniano al schmittiano?

A MODO CONCLUSIÓN: INTERROGANTES SOBRE PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN NUESTRO SISTEMA DEMOCRÁTICO ACTUAL?

Como conclusiones particulares el control sobre los estados de excepción se puede establece los siguientes:

1. Que la Corte se dio cuenta que en realidad el acto de declaratoria no es un acto jurídico en estricto sentido y que por lo tanto debió flexibilizar el parámetro de control.

2. Que en ocasiones la Corte siente la responsabilidad de dar una respuesta política oportuna ante la opinión pública, así tenga que sacrificar su propia doctrina.

3. Que la legitimidad y prestigio que se ha ganado la Corte le permite cambiar de opinión y criterio sin manifestación expresa.

4. Que antes que un defensor de la validez constitucional necesitamos un nuevo poder neutral e incluso moral.

Finalmente, como fruto de esta disertación surgen nuevos interrogantes que desde el punto de vista de la teoría clásica del derecho constitucional espero nos lleve a nuevas formas de discusión académica y política que espero poder desarrollar.

Por ahora, retomando la discusión inicial entre Kelsen vs. Schmitt les comparto las siguientes:

- a. ¿La Corte se ahorco con su propia doctrina objetiva de resorte Kelseniano?
- b. ¿Será que es necesario que la Corte empiece a hablar que en algunos casos ejercer un control político de oportunidad de conveniencia, por la imposibilidad de establecer una doctrina jurídica incompatible con otros fenómenos que están fuera de su competencia, como el control de las decisiones políticas, al mejor estilo Schmittiano?
- c. ¿La guarda y supremacía constitucional que se fue confiada a la Corte Constitucional en los precisos y estrictos términos del 241 avala un control que va más allá de lo jurídico?, ¿Qué pensaría Kelsen sobre el particular?
- d. ¿Será que la Corte Constitucional en términos Schmittianos es el órgano encargado de definir la llamada unidad del pueblo? Y finalmente,
- e. ¿Será que nuestro guardián de la Constitución se quedo sin guardián y sin límites?

