

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ECUATORIANO EN EL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD:
¿LEGISLADORES POSITIVOS?**

SANDRA HELENA PORTILLA CONSTAIN

2002

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....
SANDRA HELENA PORTILLA CONSTAIN

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ECUATORIANO EN EL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD:
¿LEGISLADORES POSITIVOS?**

SANDRA HELENA PORTILLA CONSTAIN

2002

**DIRECTOR DE TESIS
Dr. LUIS FERNANDO TORRES TORRES**

ECUADOR

ABSTRACT

El rol que actualmente, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, desempeñan los tribunales constitucionales, trasciende del carácter eminentemente jurídico al político, en tanto han evolucionado de la simple aplicación del clásico modelo kelseniano de “legislador negativo”, mediante el cual los tribunales se limitan a determinar la in/constitucionalidad llana de un precepto jurídico sometido a su control, a la utilización de nuevas técnicas interpretativas que ante la insuficiencia práctica de tal modelo, permiten dar sentido a los mandatos constitucionales, en fallos que se acercan al nivel de la ley formalmente expedida por los parlamentos, por lo cual se los señala como “legisladores positivos” y, por lo tanto, como transgresores del principio de división de poderes, por invadir la libertad de configuración política del legislador original e inclusive del ejecutivo (cuando actúa como colegislador fijando políticas públicas por ejemplo).

En consecuencia, tal práctica jurisprudencial genera reacciones duales, por un lado, las que censuran tal intromisión y requieren que el tribunal constitucional se limite a verificar la in/constitucionalidad de las normas sometidas a su control y por otro, las que avalan el intervencionismo del mismo como garantía de los derechos consagrados en la Constitución.

Desde ésta óptica y elaborando una abstracción particular, el presente trabajo pretende elaborar un estudio comparado entre los modelos de control abstracto de constitucionalidad aplicados por la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional ecuatoriano, para establecer si estos siguen la tendencia clásica del legislador negativo, si han evolucionado hacia un tipo de control más amplio como el del legislador positivo o si comparten un modelo híbrido, con tendencia hacia alguno de los dos y en ese sentido determinar las implicaciones que tiene en la vigencia del régimen democrático de los dos países.

A Esther, mi ángel protector en el sueño de la eternidad;
A Nicolás y Beatríz, entrañable amor de padres y refinamiento de mi espíritu;
A Nicole y Alejandra, perfección del intelecto y sublime hermandad;
A Enrique, mi auténtico hermano, exaltación del apoyo incondicional;
A Omar, significado de mi existencia.

AGRADECIMIENTOS

La autora expresa su agradecimiento a:

Dr. LUIS FERNANDO TORRES TORRES, profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, diputado del Congreso ecuatoriano y tutor de la presente tesis de grado, por su permanente seguimiento al desarrollo de éste trabajo y sus valiosas sugerencias.

Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO, magistrado de la Corte Constitucional colombiana por su invaluable colaboración en la recopilación de información y la entrevista concedida a la autora.

Dr. MARCO MORALES, presidente del Tribunal Constitucional ecuatoriano, por la entrevista concedida a la autora.

Lic. FRANCISCO GOMEZ CAMPILLO, master en Literatura Hispanoamericana, por su valiosa colaboración en la corrección de estilo de la presente tesis.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CORTE	14
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	
SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL IMPLEMENTADO FORMAL Y	19
MATERIALMENTE EN COLOMBIA	
Antecedentes del control constitucional en el seno de la Asamblea Nacional	19
Constituyente de 1991	
Corte Constitucional como legislador negativo (implementación formal y general)	23
Modulación de los efectos de las sentencias en Colombia (implementación material	
y excepcional)	28
Justificación constitucional para la adopción del modelo	
Efecto normativo de la Constitución	30
Principio de efectividad	31
Guarda de la supremacía e integridad de la Constitución	31
EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	32
PRINCIPIOS UTILIZADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA	33
MODULAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS	
TIPOS DE SENTENCIAS CUYOS EFECTOS SON MODULADOS POR LA	44
CORTE	
Sentencias de declaración de in/constitucionalidad pura o llana	45
Sentencias de constitucionalidad con modificación material	

Sentencias condicionadas o interpretativas	46
Sentencias aditivas, complementarias o integradoras	46
Sentencias sustitutivas	47
Sentencias apelativas, exhortativas o de llamamiento al legislador	48
Sentencias de in/constitucionalidad con modificación de su efecto en el tiempo o	49
sentencias temporales	50
La cosa juzgada relativa, absoluta y aparente	52
Efectos retroactivos de las sentencias (ex-tunc)	
Sentencias de inconstitucionalidad diferida o temporales	53
LEGITIMACION, OBLIGATORIEDAD Y ACATAMIENTO DE LAS	54
SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	55
CUESTIONAMIENTOS Y TENSIONES	56
2. CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL TRIBUNAL	
CONSTITUCIONAL ECUATORIANO	58
ALCANCE DEL MANDATO CONSTITUCIONAL DE CONTROL	68
CONSTITUCIONAL AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO PARA	69
EJERCER EL CONTROL CONSTITUCIONAL	
TENDENCIA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	74
ECUATORIANO	
Tipos de resoluciones proferidas por el Tribunal Constitucional ecuatoriano en	77
ejercicio del control abstracto de constitucionalidad	
Resoluciones de in/constitucionalidad pura	78
Resoluciones de constitucionalidad con modificación material	
Resoluciones semi-condicionadas o semi-interpretativas	70

Resoluciones semi-exhortativas	80
Resoluciones concordantes	80
Efecto de las resoluciones del Tribunal Constitucional en el control abstracto de constitucionalidad	82 85
CONSIDERACIONES FINALES	85
CONCLUSIONES	
RECOMENDACIONES	94
BIBLIOGRAFIA	99
	107
	115

INTRODUCCION

El clásico modelo Kelseniano-Austriaco, que se fundamenta esencialmente en el establecimiento de un control concentrado de constitucionalidad, a manos de un Tribunal Constitucional encargado de asegurar la supremacía de la Carta Magna de los estados, mediante la declaración de anulabilidad de los preceptos legales contrarios a ella con efecto erga omnes, a pesar de ser el modelo más difundido y adoptado de forma general (por citar algunos ejemplos: Austria, Portugal, Bolivia, Venezuela), ha evolucionado, gracias a su desarrollo jurisprudencial, en la dirección no tradicional de anular actos normativos, sino hacia la adopción de diferentes tipos de fallos que permiten mantener en el ordenamiento jurídico las normas inspiradas por el órgano legislativo, pero con una interpretación que se ajuste a los mandatos constitucionales, de tal forma que, no se dejen vacíos jurídicos y a la vez se logre la congruencia con la norma fundamental. En otras palabras, los tribunales o cortes constitucionales han dejado de ser solamente legisladores negativos, para convertirse con una serie de fallos interpretativos, en legisladores positivos.

La experiencia europea (española, alemana, italiana, austríaca), la estadounidense (aunque un tanto diferente pues el control constitucional es difuso) y la latinoamericana (peruana, venezolana, boliviana, chilena, colombiana, etc.), evidencian éste cambio de paradigma, dado que es la dinámica misma del control judicial de constitucionalidad de las leyes, la que exige a los tribunales constitucionales, arrogarse la facultad de “suplir” las deficiencias normativas que degeneren en abiertas contradicciones al orden constitucional y, por lo tanto, en merma de las garantías fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación en sus sentencias de una doctrina constitucional que desarrolle adecuadamente los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución de cada Estado y que permita subsanar las falencias ocasionadas por una práctica legislativa inadecuada e insuficiente que se torna en inconstitucional.

La nueva tendencia de los tribunales constitucionales modernos, al desarrollar el control abstracto y concreto de constitucionalidad sobre la normativa infraconstitucional, ha sido registrada precisamente en los reiterados fallos proferidos por estos, en ocasión del desarrollo de la función de control constitucional,¹ donde han adoptado decisiones que pueden considerarse apartadas de la tradicional labor de interpretación judicial, la cual se aproxima a la tarea realizada por el órgano legislativo, es decir, la de crear, reformar y derogar leyes, por lo que se ha venido sosteniendo que tales tribunales, están ejerciendo la función de “legisladores eminentemente positivos”.²

La Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional ecuatoriano, no han sido ajenos a esta tendencia, y en ese sentido resulta particularmente interesante, elaborar un estudio de la jurisprudencia proferida por estos máximos tribunales desde su reciente creación, para establecer si efectivamente estos pueden ostentar la calidad de “legisladores positivos”, sustituyendo la tarea clásica de “legisladores negativos”, y las implicaciones que ello tiene en la organización del poder de los respectivos estados, entiéndase las reacciones generadas frente al legislativo, ejecutivo y judicial de los dos estados, en términos de teoría democrática.

En lo referente a la Corte Constitucional colombiana, la cual es reconocida en el derecho comparado como una de las más avanzadas, resulta importante entre otras inquietudes investigativas, estudiar los antecedentes del control constitucional, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, la posición adoptada por ésta de modular los efectos de sus fallos³, las clases de sentencias que en desarrollo de aquella se están profiriendo⁴, el grado de

¹ Estados Unidos: caso Linkletter 1965; Italia: Pizzorusso, Alessandro. “El tribunal constitucional Italiano”. En: Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Madrid, 1984, p 252 y ss. España: Sierra, Humberto A. Sentencias de inconstitucionalidad jurisdicción española. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.. 1995. p. 11 y ss. y Torres del Moral, Antonio. Principios de derecho constitucional español. Bogotá: Universidad Complutenses Madrid. Madrid. 1998. p. 783 y ss.

² En ese sentido ver: Morelli Rico, Sandra. *La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario?*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1997. p. 33 y ss.

³ Martínez Caballero, Alejandro. *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*. en: *Memorias III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal*. p 1

⁴ Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-109 de 1995 de 15 de marzo de 1995. Leginfo. CD-Rom.

legitimidad y obligatoriedad de tales fallos, la justificación constitucional para adoptar tal modelo (dentro de la cual se pueden enunciar el efecto normativo de la constitución, el principio de efectividad (art. 2) y la función asignada a la Corte de guardián de la supremacía de la Constitución (art. 241 inc. 1)), la justificación metodológica y política para optar por desarrollar prácticas extensivas de interpretación judicial, las relaciones fracturadas con el Ejecutivo, las altas cortes judiciales (Consejo de estado y Corte Suprema de Justicia), y en menor intensidad con el Congreso, así como los recurrentes pronunciamientos de la Corte negando el que sus decisiones en algunas oportunidades impliquen la creación de verdaderas normas jurídicas de carácter general y abstracto, es decir, la negación a su supuesto carácter de legisladores positivos por comprender que ello corresponde al legislador, manifestando en consecuencia el debido respeto a éste como a la separación de funciones entre aquella y la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria.

En este punto, es de radical importancia descubrir si los pronunciamientos realizados por la Corte, corresponden a una diplomática excusa, necesaria para evitar graves pugnas institucionales, pero bajo el entendido de que su concreta realización si constituye la tarea de un legislador positivo, o en cambio del estudio de sus fallos se logre establecer una teoría perfectamente fundamentada donde, a pesar de existir las sentencias modulativas ello no signifique que tienen tal calidad, sino un carácter propio que logre ser soportado sobre bases políticas y jurídicas.

Por su parte, respecto del Tribunal Constitucional Ecuatoriano, el cual, al parecer recientemente y de forma tímida, está adoptando en alguna medida éste tipo de fallos,⁵ influido por la tendencia señalada atrás, es conveniente estudiar las modalidades de sentencias que en ese sentido se están profiriendo, las cuales esencialmente tienen que ver con llamamientos al legislador para que regule en determinado sentido un asunto en cuestión, o

⁵ Tribunal Constitucional Ecuatoriano. *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional 2001*. Quito: Registro Oficial. 2002 p. 53 y ss.

ciertas sentencias de constitucionalidad condicionada; así mismo, resulta pertinente establecer sus alcances y las limitaciones concretas de orden constitucional (artículo 248 C.E.), legal (ley de Control Constitucional) y fáctico (tensiones con el poder ejecutivo, legislativo y judicial) a las cuales se ve sometido el Tribunal para desarrollar este tipo de fallos.

Queda planteado como punto general a tratar si el juez constitucional puede o debe definir el contenido de los derechos consagrados en la Constitución, anticipándose o complementado la función del legislador recurriendo al carácter normativo (de aplicación directa a partir del propio texto constitucional) y vinculante de la Constitución o si en cambio, debe restringir su ámbito de acción, tolerando la insuficiencia u omisión del legislador.

1. CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

De conformidad con el art. 241 de la Constitución Política de Colombia, a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y en tal sentido se le encomienda la tarea de realizar el control de constitucionalidad de las leyes;⁶ en desarrollo de tal función debe constatar que la ley objeto de estudio se encuentra conforme a lo establecido por la Carta Fundamental, caso contrario deberá declarar su inconstitucionalidad o inexecutabilidad, -término acuñado por la Corte Constitucional Colombiana- y por lo tanto, por regla general ésta dejará de tener efectos desde aquel momento en el ordenamiento jurídico.⁷

Según la doctrina que rige en ésta materia, cuando un tribunal constitucional toma la opción de derogar, anular, o en fin expulsar del mundo jurídico una norma, actúa como “legislador negativo”,⁸ porque asume una función similar a la del cuerpo legislativo cuando en su libertad de configuración política decide derogar una norma. Cabe recordar que bajo la égida de los estados de derecho, imperante en los países europeos -y más concretamente de Austria y Alemania-, por los años 20 y ss. del siglo pasado, la instauración de esta facultad de los tribunales constitucionales, inicialmente fue muy cuestionada ya que se preveía una intromisión en las funciones propias del legislador siendo víctima de airados reparos, al

⁶ En Colombia, el control de constitucionalidad se encuentra reservado tanto a la Corte Constitucional en tratándose del control de las leyes y decretos con fuerza de ley, como al Consejo de Estado -máximo órgano colegiado de la jurisdicción contencioso administrativa- que debe revisar la constitucionalidad de los decretos sin fuerza de ley dictados por el Gobierno, de conformidad con el art. 237 de la Constitución Política.

⁷ Generalmente el efecto de los fallos de constitucionalidad es erga omnes y hacia el futuro (ex-nunc), pero eventualmente se ha adoptado la posibilidad de regular los efectos de los fallos en el tiempo, de tal forma que es posible que ellos sean retrospectivos (ex-tunc). A éste tipo de sentencias la corte las ha denominado Sentencias Temporales. Sobre el punto regresaremos más adelante cuando se estudiará el tema a profundidad.

⁸ En términos expresos de Hans Kelsen, “anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el poder legislativo” Kelsen, Hans. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid. Debate, 1988. p. 130.

considerar que el principio democrático se veía atropellado por ésta excepcional facultad, que estaban adquiriendo estos tribunales, de derogar el derecho creado por aquellos.⁹

Aunque debe recordarse que en cambio, la implementación de éste modelo no tuvo mucha resistencia en aquellos países que habían soportado regímenes de facto (ej. Alemania, Italia, España),¹⁰ pues, adoptarlo, antes que merma en la seguridad jurídica del estado, se constituía en garantía de restricción del poder, absolutamente indispensable después de haber soportado semejantes abusos por parte del ejecutivo, constituyendo un aval para el respeto de los derechos humanos y las libertades públicas. Así queda claro que “los tribunales o cortes constitucionales –como sucede con los parlamentos o congresos- encuentran, por así decirlo, su hábitat natural en la democracia. Los que puedan existir en regímenes totalitarios no vienen a ser sino organismos artificiales, apéndices del Poder Ejecutivo”.¹¹

Sin embargo, con la evolución de los modelos de estado y el desarrollo histórico de la humanidad, se dio tránsito del estático estado de derecho donde el principio de legalidad era su máxima, al estado constitucional enmarcado por el estado social de derecho, lo cual posibilitó la inserción de los tribunales que se encargarían de vigilar la supremacía de la Carta Organizativa de los estados, mediante el control de la normativa infraconstitucional ejercido por un órgano independiente encarnado en los tribunales constitucionales, con la declaración simple de constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto sometido a control.

⁹ Así lo constata el Dr. Vladimiro Naranjo Mesa cuando señala: “La instauración de tribunales o cortes constitucionales en los diversos países del mundo no ha estado, desde un comienzo, exenta de polémicas y cuestionamientos, tanto de índole jurídica como política. (...) Bien conocida fue en efecto, la reacción que en diversas partes del mundo occidental, sobre todo en Europa, se produjo a raíz de la celebre sentencia del juez Marshall de la Corte Suprema Federal, en 1803, a raíz del caso “Marbury vs Madison, mediante la cual se instituyó dicho sistema por vía de excepción. Con alarma se interpretó el hecho de que los jueces pudieran dejar sin efecto, así fuera en un caso particular, una ley emanada del legislador, cuando éste en virtud del principio democrático de la representación, dispone del poder soberano para hacer la ley”. Naranjo Mesa, Vladimiro. *El papel de los Tribunales Constitucionales en el sistema político*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000. p. 489

¹⁰ La creación de sus tribunales constitucionales, se realizó casi inmediatamente después de culminada la Segunda Guerra Mundial y una vez terminados los regímenes totalitarios e implementada la democracia; en Italia en el año 1947, Alemania en 1949 y España en 1978.

¹¹ Op. Cit. Naranjo Mesa, Vladimiro. p. 491

Tal posición resultó adecuada bajo el entendido teórico que, con la declaración de inconstitucionalidad de una norma, el ordenamiento jurídico se encontraba a salvo de supuestos normativos incongruentes con los fines del estado, lo cual se adaptaba perfectamente al modelo de estado imperante y al respeto del principio de separación de poderes, principio básico para el cabal funcionamiento de la estructura del estado. Adicionalmente debe considerarse que de suyo se constituyó en un avance significativo, el que los estados permitiesen la inserción de la figura del control constitucional y de un órgano encargado de realizar tal función, pues ello antes era impensable.

No obstante, y a pesar de que en las cartas fundamentales de la mayoría de países que no gozan de la tradición del common law, éste modelo de "legislador negativo" es el que se ha impuesto por gozar de los presupuestos necesarios, que hacen posible el respeto por el estado democrático, la realidad evidencia un fenómeno muy diferente, o por lo menos que supera considerablemente el esquema básico de control.

Las constituciones, con algunas diferencias y, mayor o menor limitación al máximo órgano de la justicia constitucional, han adoptado el modelo general de control de constitucionalidad, con las implicaciones ya anotadas. Pero ello no significa que los tribunales constitucionales, hayan permanecido inermes a la constatación de que tan estricta y limitada competencia se torna estrecha al lado de la realidad económica, política y social que afecta a los ciudadanos, lo cual ha exigido, de parte de estos órganos, un papel más activo a fin dar coherencia al ordenamiento y proteger los derechos fundamentales de los asociados.

Así que, lo que efectivamente se perfecciona en la jurisprudencia de estos tribunales constitucionales, es un sobre y/o superdimensionamiento de las facultades explícitas consagradas en las normas que les crea y delimita competencias, para arrogarse en cambio,

una serie de facultades implícitas en el mandato general de velar por la protección y supremacía de la Constitución.

De ésta manera, ante la consagración expresa del esquema de “legislador negativo” en las democracias actuales, se superpone una realidad que va mucho más allá y que desvertebra la clásica explicación que lo fundamenta. Nos encontramos, pues, con la paradoja de la institucionalización de un modelo estrecho que goza de especiales características y limitaciones, las cuales suponen cabal acatamiento, pero que de acuerdo con las complejas circunstancias que rodean la aplicación de los mandatos constitucionales sobre normas infraconstitucionales, y la dinámica social que lo supera, se torna en impracticable, encontrando como única opción posible, la revaluación de tales contenidos y la suplencia de ellos por la aplicación directa de la Carta, lo que a su turno engendra facultades extracompetenciales (sentencias modulativas), más no supraconstitucionales.

De hecho se encuentra consolidado un esquema básico de justicia constitucional, el cual es aceptado dentro de la arquitectura organizativa del estado, precisamente por encontrarse concebido en los términos en los que está, pues uno diferente posiblemente atropellaría en términos formales los requerimientos democráticos que han posibilitado su inserción. Pero resulta curioso, que a pesar de ello, el esquema que efectivamente funciona es su antagónico o por lo menos uno de más amplias perspectivas, ya que los tribunales constitucionales no se limitan a ejercer las competencias que les han sido estrictamente confiadas, sino que en sus fallos proyectan categorías abstractas que adicionan el ordenamiento jurídico y en ese sentido se constituyen en fuentes de derecho, y los tribunales constitucionales por lo tanto, en creadores de derecho.

Resulta interesante entonces, estudiar la experiencia colombiana, la cual se encuentra en franca concordancia con los modelos europeos asumidos para el control de la

constitucionalidad de las normas, aunque con algunas particularidades propias del proceso de inserción reciente de éste modelo, ocurrido en el proceso constitucional del año 91.

Tal como se advierte para la mayoría de sistemas de control constitucional a cargo de tribunales constitucionales en el mundo, en Colombia la jurisdicción constitucional fue creada para realizar el control de la constitucionalidad de la normativa vigente,¹² aunque con una variante, consistente en que aquella se encuentra material y formalmente dentro la función judicial, mientras que en otros países goza de autonomía respecto de esta rama, lo cual valga señalar no es muy atinado. Ello ha generado respecto de las otras altas Cortes (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura) una pugna de mayor intensidad, que la que podría suscitarse en otros ámbitos terráqueos donde el Tribunal Constitucional es un órgano independiente, funcionalmente hablando.

La labor realizada por la Corte Constitucional en Colombia, después de ser analizada a través de su abundante jurisprudencia, se presenta como una actividad actualmente reconocida por tener una posición bastante liberal y de avanzada, pues tal como se advirtiera para la generalidad de los tribunales constitucionales en el mundo, basados formalmente en el sistema de “legislador negativo”, en la Constitución de 1991 (desarrollado por la ley 260 de 1996, estatutaria de la administración de justicia), se adoptó precisamente ésta especie de control para Colombia, el cual se encuentra de acuerdo con la teoría de estado vigente, pero con la evidencia material que enseña que la Corte viene realizando una actividad que se sale de éste substrato, para adoptar la opción de “modular los efectos de sus fallos”¹³, y en ese sentido,

¹² Debe advertirse que en Colombia, antes de la Constitución de 1991 y bajo la Constitución de 1886, también existió control de constitucionalidad, pues Colombia fue pionera del control de constitucionalidad de las leyes, el cual se asignó inicialmente en 1910, a la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y posteriormente, en 1945, se dividió para entregar a la jurisdicción contencioso administrativa, cuya cabeza está en el Consejo de Estado, el control de constitucionalidad de los actos administrativos.

¹³ La modulación de los efectos de los fallos proferidos en ejercicio del control de Constitucionalidad, constituye en estricto sentido, la técnica utilizada por la Corte Constitucional para pronunciarse respecto de asuntos donde no resulta válida o conveniente la declaración pura y simple de in/constitucionalidad, si no que es necesario modular, condicionar o manipular (según la doctrina italiana) los precisos efectos que tendrá la sentencia proferida, ya sea en el sentido de integrar, interpretar, adicionar, sustituir o retrasar o adelantar sus efectos en el tiempo. En opinión del Dr. Alejandro Martínez Caballero, “la modulación de los efectos de los fallos es no sólo una práctica usual de los tribunales constitucionales, sino que es una necesidad que deriva de su función específica de garantizar la supremacía de la Constitución y, al mismo tiempo, respetar otros principios y valores igualmente constitucionales, en especial, la libertad de configuración del Legislador, el principio

dejar de lado la simple pero formal competencia de decidir sobre la in/constitucionalidad de las leyes, y pasar dentro de un papel eminentemente positivo a “colegislar” al interpretar el sentido de las normas, eliminar presupuestos normativos, incorporar nuevos enunciados legales, sustituir otros tantos, o en cambio determinar el efecto temporal de sus decisiones, estableciendo su ultra o retroactividad.

Precisamente el objeto de la presente monografía es mostrar, cómo se ha desarrollado en Colombia éste tipo aparente de control, las modalidades de fallos que en desarrollo del mismo se profieren, ejemplificándolo mediante algunos extractos de las sentencias que resulten paradigmáticas para el modelo en cuestión, así como abordar el problema de la politización de la justicia constitucional, su relación con el parlamento y el ejecutivo y las implicaciones en el orden democrático representativo. A su turno se presentarán las críticas más relevantes de las cuales ha sido y es objeto la Corte Constitucional, esencialmente encaminadas a censurar su posición activista e invasora de competencias que no le han sido confiadas (respecto del legislativo y ejecutivo), especialmente en materia económica y penal, para finalmente aportar algunas posibles soluciones que permitan adecuar el modelo formal-institucional a la práctica cotidiana desarrollada por la Corte.

1.1 SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL IMPLEMENTADO FORMAL Y MATERIALMENTE EN COLOMBIA

1.1.1 Antecedentes del control constitucional en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

La comisión cuarta de la Asamblea Nacional Constituyente designó a María Teresa Garcés y José María Velasco para que presentaran una ponencia sobre la Corte Suprema de Justicia, el

democrático, la certeza jurídica y la conservación del derecho ordinario. Igualmente deriva de la importancia que reviste el hecho de que los tribunales constitucionales cumplan sus tareas, con los menores traumatismos para el ordenamiento jurídico y político del país. Martínez Caballero, Alejandro. *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000.

Consejo de Estado y el Control Jurisdiccional de Constitucionalidad y la posible creación de una Corte Constitucional.

La mayoría de los integrantes de la comisión cuarta votó por la creación de la Corte Constitucional; "el control jurisdiccional de constitucionalidad debería estar a cargo de especialistas en derecho público, en busca de la unificación de la jurisprudencia sobre todas y cada una de las normas de nuestro Estatuto Superior. Pero no cabe duda, la razón preponderante se hizo consistir en que la Corte, en más de una ocasión, había frustrado, con sus providencias, más de una reforma constitucional, habiéndose mencionado, con particularidad, las de 1977 y 1979. Las dos por defectos de procedimiento en su formación"¹⁴.

El gobierno había presentado una propuesta con el fin de "crear una jurisdicción dedicada a defender la integridad y supremacía de la Constitución, no se pretende que el control constitucional se convierta en monopolio de especialistas en derecho público, ni impedir que los jueces contribuyan a la defensa de la Constitución, ni concentrar en un solo órgano el poder exclusivo de revisar la constitucionalidad de todas las leyes y actos administrativos, ni trasladar dicha atribución a órganos que no tienen la independencia necesaria para el cumplimiento de tan elevada misión".¹⁵

Algunos pensaron que crear la Corte Constitucional era una forma de revancha contra la Corte Suprema de Justicia, originada en "rencores políticos" pues había tenido la "íngrata propiedad de ser gestora de todos los males políticos, económicos, sociales e institucionales que agobian hoy a nuestra patria"¹⁶, además la calificaban de ser un estamento elitista, enemigo de los cambios estructurales que estaba reclamando con urgencia la Nación Colombiana.

¹⁴ Velasco Guerrero, José María y Fajardo Landeta, Jaime.. *Informe de minoría. Creación de una corte constitucional*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 6, Bogotá. 24 de mayo de 1991. p. 16 a 21

¹⁵ Ibid. p.16-21.

¹⁶ Ibid. p. 16-21.

Pero aún así se sustentó la creación como un mecanismo de control político, porque la confrontación entre dos normas políticas necesariamente debía ser política, la Constitución y la Ley son expresiones del constituyente y del legislador y estos son órganos políticos.¹⁷

Existieron dos propuestas sobre control constitucional; la primera de ella referida a la creación de una corte politizada.¹⁸ Esta propuesta era abanderada por parte del Gobierno (Cesar Gaviria Trujillo), básicamente quería trasladar todas las competencias referidas al control constitucional de actos legislativos de la Corte Suprema de Justicia a la Corte Constitucional, así como funciones políticas, cuales eran: pérdida de investidura, el derecho de amparo, absorber las competencias del Consejo de Estado en la definición de constitucionalidad de actos legislativos de carácter general y la facultad de decidir de plano.

La idea era que el control constitucional fuera “antijudicial”, caracterizado por la ausencia de poder judicial en el control de constitucionalidad de actos y funcionarios del Estado, desarrollando para ello instituciones políticas como las objeciones presidenciales (control objetivo y previo) y el sometimiento al organismo legislativo de aquellos asuntos sometidos a control para que emitieran un concepto, una especie de reconocimiento de competencia para el control de constitucionalidad de leyes a las mismas Asambleas Parlamentarias, tal y como se hacía en la Revolución Francesa, sistema que en 1830 se había instaurado en la Constitución de la República de Colombia y que estuvo presente en la Constitución de Cundinamarca.

La segunda propuesta tenía que ver con la judicialización del control constitucional.¹⁹ Esta era la propuesta presentada por la Corte Suprema de Justicia que buscaba renovar la sala

¹⁷ Velasco Guerrero, José María y Fajardo Landeta, Jaime.. *Informe de minoría. Creación de una corte constitucional*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 4, Bogotá. 13 de septiembre de 1991. p. 4-7

¹⁸ Peña Chepe, Alfonso. *Proposición No. 59 aprobada el 4 de junio de 1991*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 4 Bogotá. 13 de septiembre de 1991. p. 13-18

¹⁹ Garces Lloreda, María Teresa. *Informe ponencia para sesión plenaria. Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado*. Propositiones divergentes. En: Gaceta Constitucional. Tomo 4 Bogotá. 13 de septiembre de 1991. p. 12-15

constitucional de esta corporación en cuanto al número de magistrados y el período por el cual estarían ejerciendo sus funciones.

El judicialismo respondía al sistema americano, en el cual existía un procedimiento especial para el control mismo de la Constitución, como ocurría en Austria o en la República Federal Alemana, donde existía una Corte Constitucional y los conflictos de constitucionalidad se definían de acuerdo a la naturaleza de los derechos involucrados y de los recursos interpuestos, cualquier juez podía aplicar la Constitución por encima de cualquier otra norma y tenían facultad de declarar nula toda ley, decreto reglamentario o hecho contrario a la Constitución.

Se suponía que la judicialización consultaba plenamente la filosofía del Estado de Derecho. El gobierno apoyaba su propuesta con fundamentos que no tenían nada que ver con la corte, hicieron referencia a fenómenos sociales como el sicariato naciente, la falta de presupuesto para la justicia y la corrupción o el desplazamiento de los jueces naturales a los especializados para convencer a la gente que la crisis institucional y social ameritaba la creación de una Corte Constitucional.

Pero lo importante era que la especificidad y complejidad de interpretación de las normas constitucionales requería de un organismo compuesto por juristas capacitado y con especial disposición moral, intelectual y científica para comprender y dar contenido al sistema de valores y principios que inspiran los sistemas constitucionales democráticos.

Gaviria Trujillo en su discurso presentado el 17 de abril de 1990 ante la Asamblea Constitucional, refirió la importancia de la creación de la Corte Constitucional:

Para hacer frente al riesgo de congestión, es necesario crear una Corte Constitucional que suma lo que hoy la Corte Suprema de Justicia por simples razones de tiempo no podría atender, sin que todo su trabajo de casación se viera entorpecido seriamente,

dicha Corte Constitucional estaría a la cabeza de una Jurisdicción Constitucional que podría ir creciendo con la creación de Tribunales o Instancias por vías de la ley, de manera flexible, a medida que las circunstancias lo aconsejen.²⁰

Pero de igual forma se escucharon voces en contra que señalaban que el Gobierno desconocía la labor de enriquecimiento de la jurisprudencia que adelantaba la Corte Suprema e ignoraba la inutilidad del sistema propuesto en otros países, como España, la especialización no era garantía de imparcialidad e independencia, algunos tildaban la propuesta y su creación como un "salto al vacío".

1.1.2 Corte Constitucional colombiana como legislador negativo (implementación formal y general).

Al ceñirse estrictamente al artículo 241 de la C.P. que regula el control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Constitucional, y por lo tanto a su implementación formal, no cabe duda que éste se circunscribe a la noción clásica de control, mediante la cual se le encomienda la función de “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento en su formación”.²¹

Desde ésta perspectiva, la Corte Constitucional colombiana, formalmente, se inscribiría dentro de la tendencia mayoritaria (incluida la europea) de organización de su sistema de

²⁰ Londoño Jimenez, Hernando.. *El control constitucional ante el estado de derecho*.. En: Gaceta Constitucional. Tomo 4 Bogotá. 13 de septiembre de 1991. p. 4-12

²¹ Adicionalmente en materia de control de constitucionalidad, a la Corte Constitucional se le confía de conformidad con el art. 241 citado, las siguientes competencias: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación; decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación; decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización; decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación; decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución; decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Debe precisarse que según el artículo 242 numeral 3, “las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”, por lo que debe entenderse que tales vicios de procedimiento en la formación de la ley, serán subsanados si durante el lapso señalado, no son demandados.

control constitucional como legislador negativo, con lo cual la Corte debería limitarse al examen de constitucionalidad de la norma en cuestión y su posterior declaración de in/constitucionalidad, con lo que se hallaría literalmente cumpliendo su mandato constitucional de custodio de la supremacía de la Constitución.

Así en muchas oportunidades, la Corte profiere fallos donde recurre a la declaración simple y pura de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma,²² por encontrar que con tal proceder logra ajustarse a los requerimientos de salvaguarda de la Constitución. Cuando la Corte ha actuado de ésta manera no existe reparo en catalogar a éste órgano como un típico legislador negativo, pues de hecho está cumpliendo rigurosamente con las competencias que le han sido impuestas en ésta materia.

De hecho es claro, que la utilización de la declaración pura y simple de in/constitucionalidad es perfectamente válida e idónea bajo algunos presupuestos fácticos, normativos, sociales, políticos, etc.; porque existen eventos en los cuales, si se trata, en primer término, de la declaración de constitucionalidad, es posible que la norma verificada sea dialécticamente acorde con la Constitución y, en tal caso, no sea necesario ninguna precisión al respecto más que una simple decisión declarativa que ratifique su vigencia dentro del orden legal imperante, o tratándose de la declaración de inconstitucionalidad, puede ocurrir que el vicio que genera tal declaratoria sea tan ostensible que impida mantenerlo dentro del ordenamiento jurídico bajo alguna interpretación extensiva y se haga indispensable su expulsión, teniendo en cuenta que el vacío que posiblemente podría generar no tiene efectos de tal magnitud como para requerir que la Corte determine el nuevo contenido normativo que entraría en adición o reemplazo de aquella norma sobre la cual ha recaído el vicio de inconstitucionalidad, pudiendo esperar a que el órgano legislativo voluntariamente regule de nuevo la materia, por

²² En ese sentido pueden revisarse por ejemplo las siguientes sentencias: C-100/01 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, C-647/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-621/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

lo que tampoco resultaría necesario el llamado al legislador para que se ocupe de tal tarea o en su defecto de la regulación de los efectos ex-tunc o ex-nuc de la sentencia.

Como se puede observar, efectivamente sí existen muchos eventos donde se hace necesario y conveniente el control llano de constitucionalidad, eventos para los cuales funciona a cabalidad el sistema institucional concebido en la Constitución.

Sin embargo, ¿qué sucede en la hipótesis de que la declaración simple de in/constitucionalidad resulte deficiente, bien sea porque la constitucionalidad de una norma sólo sea posible bajo ciertos supuestos, cuyo alcance debe quedar expresamente determinado por la Corte, o la declaratoria simple de inconstitucionalidad de la misma genere un vacío de tal entidad que resulte más perjudicial derogarla que conservarla con algunas modificaciones?. La respuesta queda planteada en términos de suficiencia. ¿Resulta entonces suficiente ésta técnica de control constitucional que sólo permite una estática solución de extremos –constitucional o inconstitucional- sin posibilidad alguna de encontrar medios, matices o variantes?.

La lógica jurídica y sociológica indican que ante la infinidad de supuestos normativos y consecuencias de todo orden, generadas por las sentencias proferidas con ocasión del control constitucional, la aplicación estricta de éste sistema no es suficiente por resultar demasiado restrictivo. O mejor, puede ser que eventualmente lo sea, pero para precisas situaciones donde, como se indicó, su utilización no degenera en mayores complicaciones para el ordenamiento jurídico y por lo tanto en inseguridad jurídica (aunque dependiendo de la óptica desde donde se mire una practica activista, también puede generar inseguridad jurídica).

Por ello, y ante la evidencia resultante de la práctica cotidiana en los tribunales constitucionales mundiales y más específicamente europeos –inclusive el Tribunal Constitucional austríaco, cuna del control de constitucionalidad como “legislador negativo”-

se están utilizando vías alternas que permiten dar respuesta a aquellas hipótesis no cubiertas por aquel rígido sistema. En Colombia, se ha tenido la suerte de que a pesar de hallarse precisamente delimitado tal sistema en la Constitución, la Corte Constitucional con una visión progresista ha seguido la tendencia que en algunas oportunidades desarrolló la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Constitución de 1886²³ y la europea de control, acogiendo algunas de las modalidades ya aplicadas en aquellas latitudes, pero adaptándolas a las necesidades propias del sistema constitucional colombiano, e inclusive desarrollando novedosos principios y teorías de interpretación en sus sentencias, que permiten utilizar el sistema del legislador negativo, pero con los matices que son absolutamente necesarios en

²³ “La modulación de los efectos de los fallos y las sentencias interpretativas, son una práctica arraigada en el derecho constitucional colombiano. En efecto, mucho antes de que entraran en funcionamiento los tribunales constitucionales europeos, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, cuando ejercía el papel de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución de 1886, efectuó sentencias condicionales o interpretativas. Así, en 1912, la Corte Suprema, en la parte resolutive de uno de sus primeros fallos como tribunal constitucional, señaló que se declaraban “inexequibles los artículos 2º de la Ley 40 de 1905, primera parte del 5º de la Ley 21 de 1907 y 6º de la misma Ley, en cuanto comprendan a los propietarios de minas de esmeraldas que hayan redimido legalmente a perpetuidad la propiedad de sus minas, antes de la vigencia del Decreto número 48 de 1905; en todo lo demás son exequibles dichos artículos”¹¹. En las siguientes décadas la Corte Suprema de Justicia profirió numerosas sentencias condicionales. Así, en 1924, entre muchas otras sentencias interpretativas, la Corte Suprema declaró “inexequible el artículo 3º de la Ley 109 de 1923, en cuanto dice relación a las personas que han adquirido exención de derechos de aduana en virtud de contrato celebrado con el Estado. Posteriormente, en 1936, la Corte declaró que el inciso 1 del artículo 31 del decreto No 1365 de 1935 era inexequible “pero únicamente en cuanto implica de un modo general la facultad de prohibir la radiodifusión en los casos allí previstos y no en cuanto implica la prohibición de hacer uso de ella para actos vedados por las leyes, ni en cuanto contiene la facultad de impedir en casos concretos que se utilice la radiodifusión para actos de esta clase. En los años cuarenta, la Corte declaró inexequible el artículo 722 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) pero “únicamente en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del 1 de julio de 1938, fecha de su vigencia, de la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que la reglas respectivas de la legislación anterior”. En 1965, la Corte Suprema declaró inexequibles varias disposiciones acusadas de la ley 27 de 1963 y del Decreto 528 de 1964 “en cuanto suprimen la categoría constitucional de Juez del Circuito. Y son exequibles en cuanto se refieren a los Jueces Municipales en materia laboral”. Esta tradición se mantuvo en el constitucionalismo colombiano, de suerte que en los años setenta se encuentran sentencias interpretativas. Así, en 1976, la Corte Suprema de Justicia, al estudiar una demanda contra los artículos 97 del Decreto-Ley 250 de 1970 y 7º de la Ley 20 de 1972 señaló, en la parte resolutive de la sentencia, que esas normas eran exequibles en determinadas hipótesis e inexequibles en otras. Finalmente, y durante los últimos años de vigencia de la Constitución de 1886, la Corte Suprema de Justicia profirió otras sentencias interpretativas. Así, en 1988, la Corte estudió una demanda contra el literal c) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, el cual establecía que no podía ser elegido alcalde quien “haya sido llamado a juicio o condenado a pena privativa de libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos”. La Corte declaró exequible tal norma pero precisó que ella sólo debe predicarse de “aquellas condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales, y no extinguidas”. Como se puede constatar, la modulación de los efectos de las sentencias es una tradición propia del constitucionalismo colombiano. Así, la Corte Suprema, durante la vigencia de la anterior Constitución, había señalado que, en virtud de su autonomía como tribunal constitucional, nada podía hacer el legislador “o el ejecutivo en cuanto legislador para limitar, ampliar, dirigir o guiar, inspirar o canalizar” sus fallos. Igualmente, en 1989, al efectuar una sentencia interpretativa, la Corte Suprema de Justicia aclaró: “La decisión de exequibilidad de normas legales condicionada a una determinada interpretación o alcance de las mismas, no es novedosa, encuentra claros antecedentes jurisprudenciales plasmados en las sentencias de mayo 14 de 1970 sobre los Decretos Legislativos 590 y 595 de 1970, febrero 6 de 1989 sobre el numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil y agosto 31 de 1989 sobre los literales a) y b) del artículo 153 del Decreto 095 de 1989”. Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-109 de 1995 de 15 de marzo de 1995. Leginfo. CD-Rom.

algunas ocasiones, donde resulta imperiosa la posibilidad de emitir fallos que no se circunscriban a la exclusiva relación dual de in/exequibilidad.²⁴

Alejandro Martínez Caballero –exmagistrado de la primera Corte Constitucional- advierte la insuficiencia de la declaración de in/constitucionalidad pura y señala que:

Si la corte mantiene la disposición en el ordenamiento sin efectuar ninguna aclaración (declaración de constitucionalidad pura), entonces la Corporación está admitiendo la permanencia en el ordenamiento legal de unas normas –ciertas interpretaciones de la ley- que son contrarias a la Carta, con lo cual se afecta la supremacía y la integridad de la Constitución. En cambio, si la Corte retira en su integridad la disposición acusada (sentencia de inexecuibilidad), entonces la Corporación está apartando del ordenamientos ciertas interpretaciones de la ley que son conformes a la Carta, con lo cual la Corte se estaría extralimitando en sus funciones, pues estaría expulsando del ordenamiento normas que no vulneran la Carta. La única alternativa razonable es entonces mantener en el ordenamiento jurídico la disposición legal acusada, pero condicionando su permanencia a que sólo son válidas unas interpretaciones de la misma, mientras que las otras son inexecuibles. Y esto es lo que en algunos otros países denominan una sentencia interpretativa y que en Colombia suele denominarse una sentencia condicionada.²⁵

Vale aclarar que las sentencias condicionadas a las que hace referencia el Dr. Martínez Caballero, es una de las varias modalidades que la Corte en su trabajo jurisprudencial ha desarrollado, más no es la única, como pudiera desprenderse del texto citado, más sí supone una de las categorías más implementadas a lo largo de estos años. Más adelante revisaremos sistemáticamente en detalle todas aquellas categorías.

De todo lo anterior se puede concluir que, aunque institucionalmente el modelo de legislador negativo ha sido proyectado y aplicado como forma de control constitucional deseable, con el desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte, ocasionalmente se profieren otro tipo de

²⁴ Según la doctrina de la máxima Corporación, “la Constitución no ha establecido que la Corte esté atrapada en el dilema de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecuibilidad), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes” (CP 241 ord 4º). Por consiguiente, al decidir sobre estas demandas, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Y de esa manera lo ha hecho y lo seguirá haciendo esta Corporación”. Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-109 de 1995. Bogotá, 15 de marzo de 1995.

²⁵ Op. Cit. Martínez Caballero, Alejandro. p. 387

fallos que se alejan de tal modelo, para incursionar en el ámbito de legislador eminentemente positivo. En todo caso, por ahora, sólo conviene dejar sentado como primera premisa la constatación de la insuficiencia del modelo original.

1.1.3 Modulación de los efectos de las sentencias en Colombia (implementación material y excepcional).

Como se adelantó en el acápite anterior, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una teoría de control constitucional que se concreta en las llamadas “sentencias moduladoras” o “modulación de los efectos de las sentencias”, teoría que responde al mencionado déficit de la teoría original kelseniana, permitiendo dar solución a los problemas generados por la declaración pura de in/constitucionalidad, e impulsando el ejercicio de una verdadera justicia constitucional.

Efectivamente, ésta doctrina puede inscribirse bajo la base de la autoarrogación de una sobrecompetencia por parte de la Corte, porque la Constitución de 1991, sólo la autoriza para ejercer el control constitucional de las leyes bajo precisos lineamientos, pero ésta acudiendo a bases teleológicas ha trascendido más allá, recreando una variedad considerable de tipos de fallos los cuales se ajustan a las necesidades del caso concreto sometido a estudio de la Corte.

Ello puede explicarse con mayor claridad, subdividiendo la premisa anterior en dos postulados; el primero se refiere a los límites competenciales impuestos en la Constitución a la Corte y el segundo en la respuesta adoptada por ésta respecto de los mismos.

Respecto del primero, es decir, a los límites competenciales de la Corte, puede advertirse que, al elaborar un análisis riguroso del artículo 241 atrás citado y, adecuarlo a la visión institucional del modelo de estado imperante en Colombia, existen unos precisos límites para el ejercicio del control constitucional por parte de la Corte, lo cual a su turno supone la radical función de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad “pura o simple” de la norma

sujeta a control –sin ningún tipo de anexidades o aclaraciones, como la que se obtiene por ejemplo, cuando hace uso de sentencias interpretativas-.

Con una interpretación extensiva y nada artificiosa, en cambio, es posible llegar a la conclusión de que la Corte sí tiene una autorización implícita para actuar como lo hace, teniendo en cuenta que, los citados límites pueden no considerarse como tales, si nos atenemos a que el art. 241 de la C.P. cuando señala las competencias de la Corte en ésta materia, lo hace en los siguientes términos: “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra (...)”, lo cual en estricto sentido no implica que deba decretar de forma exclusiva la in/constitucionalidad del precepto revisado en ejercicio de tal control, sino que resulta perfectamente válido inferir que la Corte puede adicionalmente a su pronunciamiento de in/exequibilidad, indicar el sentido en que debe ser entendido su fallo y la norma cuestionada en acción de inconstitucionalidad.²⁶

Esto porque, como puede observarse, la norma citada no señala expresamente que la declaración hecha por la Corte deba ser la de “inconstitucional” o “constitucional”, sino que simplemente indica que la Corte debe decidir sobre las demandas de constitucionalidad de las normas impugnadas, pero sin indicar manifiestamente la forma en que puede o debe hacerlo, lo cual le concede a la Corte desde este punto de vista, un amplio margen y cierta legitimidad para autogenerar las técnicas interpretativas necesarias dentro del contexto del control constitucional.²⁷

Respecto al segundo, o sea, la respuesta adoptada por la Corte respecto a los límites acabados de señalar, se tiene que existe otro elemento que podría anular la concepción de

²⁶ En Ecuador, como veremos más adelante, no es tan nítida la posibilidad de recurrir a ésta interpretación extensiva, porque la normativa que autoriza el control constitucional en cabeza del Tribunal Constitucional es mucho más restrictiva. Aunque elaborando un ejercicio metodológico riguroso, se intentará justificar tal posibilidad.

²⁷ Así lo ha entendido la Corte, cuando expresa: “La Corte tiene la posibilidad de modular de muy diversas maneras los efectos de sus sentencias. En efecto, de conformidad con la Constitución, es a la Corte Constitucional a quien corresponde señalar los efectos de sus sentencias. Esta Corporación cuenta entonces con la posibilidad de modular el efecto de su fallo, con el fin de evitar los equívocos o los efectos paradójicos”. Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-109 de 1995. Bogotá, 15 de marzo de 1995.

extralimitamiento en que puede verse incurra ésta cuando modula el efecto de sus sentencias; éste se encuentra dado por una posición conciliadora y finalista que indica que, cuando la Corte actúa de ésta manera, no está haciendo más que cumplir a cabalidad con su mandato general de erigirse como guardián de la supremacía de la Constitución.²⁸ Ello, asociado a que tal como se acaba de anotar, estrictamente, no existe un límite definido a la forma de ejercer tal control, lo que genera la idea de que la Corte Constitucional, contrario sensu a como inicialmente puede pensarse, no estaría ejerciendo sobrecompetencias sino dando recto cumplimiento al mandato que le fue impuesto.

De ésta manera, queda convalidada la capacidad funcional de orden material, para que la Corte Constitucional pueda desarrollar su teoría de modulación de los efectos de las sentencias. Sin embargo, resulta especialmente importante, ahondar en las justificaciones de orden conceptual desarrolladas por la Corte que, permiten avalar con suficiencia la necesidad de aplicación de éste modelo.

1.1.3.1 Justificación constitucional para la adopción del modelo. La Corte Constitucional colombiana, ha ensayado una interesante propuesta en la que justifica la necesidad metodológica y dogmática de utilizar la modulación de los efectos de las sentencias proferidas con ocasión del ejercicio del control constitucional. Tal justificación ha sido recurrentemente aprovechada tanto por la primera Corte (entre 1992-2000) como por la actualmente integrada,²⁹ lo cual se refleja en un número considerable de sentencias, donde avala la aplicación directa de su teoría moduladora

²⁸ La Corte Constitucional lo presenta de la siguiente manera: "La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la 'integridad y supremacía de la Constitución', porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel". (Subrayas fuera del texto). Corte Constitucional. MP Jorge Arango Mejía. Sentencia C-113 de 1993, Bogotá, 25 de marzo de 1993.

²⁹ El Dr. Jaime Córdoba Triviño, magistrado de la Corte Constitucional colombiana, señala que la nueva Corte en sus fallos ha decidido mantener la línea jurisprudencial que fuera utilizada por la primera Corte, de tal forma que de acuerdo con el principio pro axione se amplíe el ámbito de acción de acuerdo a lo requerido, teniendo en cuenta que los fallos consulten el contexto social y cultural y que en la interpretación de las normas constitucionales se combinen diversos métodos para crear uno nuevo que permita ajustar la constitucionalidad de las normas de una manera condicionada, no resolviendo sólo con la norma sino con todas las normas constitucionales. Córdoba Triviño, Jaime. Entrevista concedida a la autora. Bogotá. 31 de julio de 2002.

La justificación a la cual se hace referencia, se sustenta en tres aspectos primordiales a saber: el efecto normativo de la Constitución, el principio de efectividad y la guarda de la supremacía de la Constitución. Según la Corte Constitucional, estas justificaciones se ajustan con precisión a las sentencias integradoras -a las cuales haré referencia adelante,- pero teniendo en cuenta que, las demás modalidades de sentencias también se ven justificadas por tales principios, resulta pertinente hacerlos extensivos como fundamentación para su existencia.

1.1.3.1.1 Efecto normativo de la Constitución. El cual implica reconocer a la Carta Magna del estado, su carácter de norma primaria y fundamental y, por lo tanto, la consecuencia jurídica de aplicación directa, sin acudir a desarrollos programáticos. Este efecto permite permeabilizar al ordenamiento jurídico de los contenidos constitucionales cuando sea necesario completarlo, por aparecer insuficiente ante una hipótesis fáctica, lo cual no implica la asunción de una actividad legislativa, sino la autocompensación del sistema, pero con un rango constitucional.

La Corte concibe este efecto como la posibilidad de que:

El juez constitucional, con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, deba incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales. Por ello, si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado es contrario a la Carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4).³⁰

1.1.3.1.2 Principio de efectividad. Este principio se desprende del mandato general impuesto en el art. 2º de la Carta, de garantizar la efectividad de los principios, derechos y

³⁰ Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-109 de 1995. Bogotá, 15 de marzo de 1995. Leginfo. CD-Rom

deberes consagrados en la Constitución, impuesto como fin de estado para todos los órganos que lo conforman, por lo que la Corte ve en éste principio el fundamento para pasar de la simple retórica, a la práctica de una justicia material, acorde con el orden de valores consagrado en la Constitución. Así establece que:

Es pues natural que los jueces, y en particular el juez constitucional, integren en sus sentencias los mandatos constitucionales. Este principio de efectividad encuentra perfecta correspondencia con la normatividad internacional en materia de derechos humanos y, en particular, con los deberes de respeto y garantía que los Estados tienen en este campo. En efecto, la Convención Interamericana y los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalan que es deber de los Estados no sólo respetar los derechos civiles y políticos sino, además, garantizar, sin discriminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción (Convención Interamericana art. 1º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º ord 1º). Por ello, estos pactos, que han sido todos ratificados por Colombia y por ende prevalecen en el orden interno (CP art. 93), señalan que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (subrayas no originales)" los derechos humanos (Convención Interamericana art. 2º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º ord 2º). Ahora bien, la Corte Constitucional, en acuerdo con una doctrina muy autorizada en este campo, considera que entre las medidas "de otro carácter" deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, las sentencias de los jueces -como medidas de otro carácter diferentes a las leyes- deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es, pues, legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos.³¹

1.1.3.1.3 Guarda de la supremacía e integridad de la Constitución. A éste principio ya hicimos alusión atrás, sin embargo, es válido resaltar que, en virtud de ésta justificación, es posible explicar el que el juez constitucional se invista como poder supremo, en defensa de su integridad material. El que la Constitución se autoproclame como la norma de más alta categoría, lo cual supone su respeto reverencial respecto del resto del ordenamiento jurídico, hace posible que cualquier incompatibilidad con ella deba ser subsanada a efecto de lograr la coherencia del sistema. Y es precisamente la Corte Constitucional, la que se encuentra

³¹ Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-109 de 1995. Bogotá, 15 de marzo de 1995. Leginfo. CD-Rom

llamada a velar por que ello sea una realidad; y precisamente en procura de hacer efectivo tal mandato, debe hacer uso de cualquier recurso legítimo que le permita salvaguardar el contenido de la Constitución que protege, como sucede sin duda, con la modulación de los efectos de los fallos. Así ha dicho:

En muchas ocasiones una sentencia de simple exequibilidad o inexecuibilidad resulta insuficiente, ya que ella podría generar vacíos legales que podrían hacer totalmente inocua la decisión de la Corte. En tales casos, la única alternativa para que la Corte cumpla adecuadamente su función constitucional es que, con fundamento en las normas constitucionales, ella profiera una sentencia que integre el ordenamiento legal a fin de crear las condiciones para que la decisión sea eficaz.³²

Por otro lado, es preciso anotar que existen otras justificaciones de orden político que fundamentan la aplicación de técnicas activistas por parte de los tribunales constitucionales y, que de hecho, son válidamente aplicables al caso colombiano, pero que resulta más adecuado sean presentadas en el tema de la legitimidad de la Corte que a continuación se presenta.

1.2 EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Este problema puede abordarse desde dos perspectivas, válidas ambas y relacionadas entre sí, y más que ello una inserta o subsumida en la otra, pero que merecen ser perfectamente delimitadas.

La primera posibilidad, tiene que ver con la legitimidad general, propia de cualquier Tribunal Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, es decir, como legislador negativo. Esta clase de legitimidad es menos amplia que la necesaria para actuar como “legislador positivo”, y por lo tanto está incluida en la segunda. Sin embargo, resulta curioso que precisamente aquella posición que, materialmente disfruta de un mayor contenido progresista (tendencia activista como

³² Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-109 de 1995. Bogotá, 15 de marzo de 1995. Leginfo. CD-Rom

colegislador), a pesar de englobar un mayor contenido legitimador (pues cuenta con los argumentos generales que permiten la existencia de un tribunal constitucional, más los que le sirven de base para ser un legislador positivo), sea quien goce, en último término, de mayor resistencia, mientras que la tendencia para actuar como legislador negativo que no requiere mayor carga de legitimidad, sea la que más argumentos de aceptación tenga a su favor en este sentido, pudiendo aseverar que existe entre estos extremos una tendencia inversamente proporcional.

En primer término nos hemos de referir a la legitimidad que podría llamarse “general”, la cual está compuesta por diversos contenidos, entre los cuales se tienen como más representativos los que se refieren a la legitimidad democrática para actuar como órgano contralor de la constitucionalidad de las normas -pero solo en lo referente a órgano dentro del poder público, pues la parte de legitimidad para actuar como colegislador es de carácter diferente-, la responsabilidad sobre la efectividad del estado social de derecho en cabeza de la Corte, el respeto a los derechos fundamentales como núcleo axiológico y la Constitución como derecho justiciable.

En cuanto a la legitimidad democrática funcional de la Corte Constitucional, puede decirse que ésta goza del reconocimiento que le confiere haber sido instituida por el constituyente del 91, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, la cual por lo tanto se encuentra orgánicamente haciendo parte de la rama judicial del poder público, cuya función primordial es la guarda de la integridad y supremacía de la Carta. A la legitimidad derivada de tal categoría nos referiremos más adelante.

A su turno, en lo referente a la responsabilidad sobre la efectividad del estado social de derecho que reposa en cabeza de la Corte, se tiene que, es imperioso que exista un órgano capaz de asumir tal carga, fuera del ejecutivo o legislativo (e inclusive del judicial), pues esto sólo puede ser posible a través de un control externo que exija del legislativo la ampliación, o

por lo menos, garantía de los presupuestos básicos que lo determinan y del ejecutivo su cumplimiento cabal. En Colombia, ésta deriva de la responsabilidad general consagrada en el artículo 2 de la Constitución Política referente al principio de efectividad, teniendo en cuenta, que éste deber tiene un carácter específico y de valor superior, por tratarse justamente de una garantía fundamental para la vigencia del modelo de estado adoptado por la nación.

La Corte Constitucional ha apelado en diversas oportunidades a la verificación de su papel de garante de la Constitución y específicamente de tutela judicial para el cumplimiento del estado social de derecho, lo cual, efectivamente, ha acercado de una forma considerable la realidad con los fines de estado propuestos en la Constitución, lo que a su vez ha revertido hacia ésta, reacciones de apoyo por el común de la población que ve realizado, lo que “originalmente” se concebía como irrealizable en un aparato jurisdiccional tradicionalmente negligente e injusto, con lo cual nos remitimos a la capacidad últimamente posible de hacer justiciable³³ la Constitución, pasando a ser “letra viva”.

Sin embargo, así como recibe de parte de la ciudadanía votos de confianza, también recibe generalmente de parte del ejecutivo o de gremios privados poderosos, insidiosos reclamos, en cuanto con su proceder desestabiliza las variables macroeconómicas, en cuyo designio al parecer se desea no intervenga la mano de la Corte.³⁴

Pasando al respeto de los derechos fundamentales como núcleo axiológico legitimante para la institucionalización de la Corte Constitucional, tenemos que, efectivamente, con la evolución

³³ Característica verificada por Christian Starck, cuando señala que la Corte Constitucional colombiana, transformó la Constitución en derecho justiciable. Starck, Christian. *La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000. P. 468.

³⁴ En ese sentido, resulta válida la posición de Sandra Morelli cuando opina que no puede depositarse únicamente en cabeza de la Corte, la efectividad material del estado social de derecho, sino que ésta le corresponde a los distintos órganos del estado: congreso y gobierno. Aunque no excluye cierta responsabilidad de ésta “cuando verifica que las políticas públicas contenidas en las normas sometidas a su juicio de constitucionalidad sean contrarias a los valores, a la axiología constitucional”. Morelli Rico, Sandra. *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2001. P. 122-123, 127-128. Y tiene sentido, porque sin la cooperación y coordinación de los demás órganos y una adecuada automesura de la Corte, no es posible adelantar por el ejecutivo, políticas públicas adecuadas que permitan hacer efectivo el estado social de derecho.

de los estados contemporáneos, se ha convertido en un imperativo categórico, la necesidad de garantizar la vigencia de estos, y en forma similar la búsqueda de la efectividad del estado social de derecho, por lo cual se torna en absolutamente indispensable, el contar con un órgano que sirva de barrera entre el abuso del poder por parte del estado y los ciudadanos. Ello se consigue de forma más directa, a través de la acción de tutela y la excepción de inconstitucionalidad (control concreto), aunque a través del control abstracto también es posible garantizar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos aunque esta vez con un efecto general.

Por otra parte, al analizar la segunda categoría de legitimidad, todos los contenidos que se revisaron para la legitimidad “general”, también son válidos para la legitimidad de la Corte como “legislador positivo”; pero podemos adicionar -sin tratar de ser exhaustivos-, dos corrientes que justifican la implementación de la teoría moduladora de los efectos de los fallos, concebidas en términos negativos (esencialmente como fenómenos que motivan su aplicación) y positivos (delimitado por hipótesis que no atentan contra el principio mayoritario o por lo menos que muestra las bondades del modelo).

En *términos negativos*, se inscriben, 1) una respuesta al déficit del principio democrático, a la crisis de representación política, y en consecuencia a la crisis de gobernabilidad, 2) solución jurisdiccional más idónea y real que la del legislador, 3) réplica a la desregulación y jurisprudencia como objeción a la ley de carácter elitista, 4) el discurso de los derechos fundamentales como supletorio del principio de las mayorías. En *términos positivos*, la legitimación es más clara y se refiere a 1) la legitimidad democrática obtenida en su designación y 2) la legitimidad constitucional obtenida en su creación.

Empezando por la corriente negativa y la respuesta al déficit del principio democrático, a la crisis de representación política y de gobernabilidad, es pertinente afirmar que, si nos remitimos a los antecedentes de la nueva Constitución y específicamente a los de la creación

de la Corte Constitucional, se encuentra que la idea de contar con un órgano especializado para realizar el control constitucional, estuvo planteada como parte de una reforma política que se concebía como una necesidad inminente para la renovación de las instituciones políticas y la buena marcha del país³⁵. Ello porque desde hace años es evidente que a pesar de que el estado se encuentra organizado como un régimen democrático, materialmente existe un déficit, que se traduce en incapacidad de las instituciones democráticas, para dar cumplimiento a los mandatos que les han sido impuestos, dentro de la estructura general del estado.

Así el Congreso, -órgano democrático por excelencia- no legisla como es su deber, o lo hace imperfectamente; el ejecutivo no desarrolla adecuadamente las políticas públicas que se compromete a realizar y cuando co-legisla, tampoco lo hace de forma coherente o se excede - por ejemplo en los estados de excepción que decreta-, y por último, el órgano judicial no brinda las soluciones de justicia que le son reclamadas por la población. De ésta manera se presenta la clásica división del poder, truncada por la ineficiencia de las instituciones que la sustentan y por lo tanto violentando el principio democrático.

Intrínseco a ello, nos podemos percatar de que el país afronta una crisis importante de representación política, pues el principio de soberanía popular que se presenta como fuente de legitimidad del poder, se ve desarticulado cuando quienes han sido elegidos como delegados de la misma, no dan cauce a las expectativas de la ciudadanía. Porque es mediante el mandato en función de la soberanía popular de demandas representables realizadas al sistema político, que se hace posible el mecanismo o instrumento de la representación, para que éste actúe como mediador o canalizador ante el estado, y a su turno retorne a la sociedad civil en decisiones que redunden en el bienestar general de la misma.³⁶

³⁵ Ya el expresidente Alfonso López Michelsen elaboró durante su período de gobierno en el año 1977, una propuesta en donde constaba la intención de convocar a una “Pequeña Constituyente”.

³⁶ Touraine, Alan. ¿Qué es la democracia?. Madrid: Ediciones Temas de hoy. 1994.

Adicionalmente, se tiene el fenómeno de la crisis de gobernabilidad que en Colombia implica elaborar un planteamiento en sentido negativo, es decir como ingobernabilidad, la cual queda resumida en la incapacidad del Estado para dar cabida a los requerimientos de la sociedad civil y la ineficiencia para darles solución, asociado a problemas de orden sistémico relacionados con la interacción de los organismos económicos, poderes públicos, papel de los partidos políticos y los actores de la sociedad civil organizada, sin olvidar la economía y el mercado.

Es decir, la gobernabilidad está referida a la “construcción de un orden institucional, más exactamente, a las condiciones que hacen posible el ejercicio del poder con una relativa estabilidad en una sociedad determinada”³⁷.

Otras visiones importantes sobre el concepto de gobernabilidad están dadas por la “calidad de desempeño gubernamental”³⁸ en términos de decisiones (oportunamente adoptadas, eficiencia, eficacia, aceptación social y coherencia de las mismas); por unos “elementos integrantes mínimos” a saber: régimen político, actores sociales, cultura política y escenario internacional³⁹; o como “dimensiones de gobernabilidad” en función de capacidad de los gobiernos para toma de decisiones, capacidad auto-organizativa de la sociedad y confianza civil y cívica⁴⁰.

Con ello puede establecerse que, para el caso colombiano, existe un sistema de gobernabilidad apenas formal, y en ello el sistema político aunado al estado imperturbable de violencia,

³⁷ Sánchez David, Rubén, *Gobernabilidad, Integración Social y Paz* En Revista Consigna. Vol. 20 No. 448. Abril-julio de 1996.

³⁸ Cf., Flisfish, A., *Gobernabilidad y consolidación democrática. Sugerencias para la discusión*. Revista Mexicana de Sociología, vol. LI no. 3, 1989, p. 113, citado por Alcantara, op. Cit., p.39

³⁹ Alcantara, Op. Cit. p 56.

⁴⁰ Pécaut, Daniel. *La Crisis de Gobernabilidad en Colombia* En: *Gobernabilidad democrática, el proyecto Colombia*. Instituto Luis Carlos Galán para el desarrollo de la democracia. Bogotá. 2000 p. 212.

deben considerarse como los factores decisivos en el deterioro de la legitimidad y en la falta de eficiencia del Estado⁴¹.

La gobernabilidad formal a la que se alude, proviene a su turno de la democracia formal en la que se sustenta. A pesar de que Colombia se autoproclama como un estado democrático, participativo y pluralista (artículo 1 de la C.P.) por cuanto las bases teóricas e institucionales en que se funda tienen las características propias de éste, la realidad es que el fundamento esencial; la representatividad, se encuentra en una franca crisis a instancias del sistema político imperante, con la fragmentación que soporta producto de causas tales como las redes clientelares, el sistema electoral, la descentralización a instancias locales y los consecuentes fenómenos de populismo, que lejos de cumplir con la función fundamental de recepcionar, canalizar y satisfacer las demandas de los asociados, velan por sus intereses elitistas. La incapacidad del estado para mantener a salvo todos los componentes democráticos, entre los cuales se encuentran de forma fundamental la garantía de los derechos básicos respecto de los ciudadanos y la operatividad del sistema de representación, han hecho a Colombia ingobernable.⁴²

Con éste panorama, la necesidad de una reforma política -donde un punto fundamental era la creación de una jurisdicción constitucional-, se planteó teniendo en cuenta que, la democracia debe concebirse aunada a un correcto funcionamiento de los procesos electorales y los

⁴¹ El concepto de legitimidad y eficiencia es tratado como dimensiones subyacentes a la problemática de la gobernabilidad en América Latina, señalando que debe darse un “fortalecimiento de la legitimidad del sistema político y de las instituciones estatales y el desarrollo de la eficacia de las políticas públicas diseñadas e instrumentadas por el estado” (Alcantara Sáez, Manuel. *Gobernabilidad Crisis y Cambio*. Fondo de Cultura Económica. México. 1995), concepto que es retomado en el proyecto CORDES Ecuatoriano donde se establece que la gobernabilidad implica satisfacer dos requisitos: “por una parte, un requisito de eficiencia, vale decir, el sujeto responsable por la acción de gobernar, el gobierno, situado en la entraña misma del régimen político, debe reunir o encontrar un conjunto de condiciones favorables a su acción que le permitan conseguir resultados; y por la otra, al mismo tiempo ha de cumplir con un requisito de legitimidad, entendida ésta como una respuesta de apoyo o aceptación social”.

⁴² La Comisión Trilateral determinó que “la democracia era obstaculizada por la sobrecarga de demandas las cuales producían ingobernabilidad por lo siguiente: 1) vuelve a los gobiernos ineficaces en lo que se refiere a su capacidad para responder a los compromisos adquiridos por las presiones que vienen de la sociedad, dentro de los límites impuestos por la economía; 2) los ciudadanos pierden su fe en las instituciones democráticas y en los dirigentes políticos, al no ver cumplidas sus expectativas en términos de respuestas a sus demandas; 3) se resquebraja la obediencia espontánea a las leyes y a las medidas gubernamentales, que es el requisito indispensable para lograr un clima de gobernabilidad”. Citado por VARGAS Velásquez, Alejo. *Hacia la Gobernabilidad Democrática en Colombia al final del siglo* En *Constitución, Gobernabilidad y Poder*, Universidad Nacional, Bogotá, 1996.

mecanismos de control constitucional, con sus protagonistas principales: los partidos políticos y un Tribunal Constitucional. Sólo una transformación profunda de la política puede hacer del Estado, un instrumento eficaz para solucionar los graves problemas que padecen las sociedades latinoamericanas.

Así el propósito de la adopción de técnicas activistas en el control constitucional puede verse como la búsqueda del mejoramiento de la calidad del proceso político: dotar de legitimidad las decisiones que se adopten, de representatividad a los órganos democráticos y de gobernabilidad al sistema político. Esto implica necesariamente una discusión sobre las instituciones políticas, entendidas como un marco que define los intercambios entre los actores de cada sociedad.

Pasando a la parte de la solución jurisdiccional más idónea y real que la del legislador, la réplica a la desregulación y la jurisprudencia como objeción a la ley de carácter elitista, que se encuentra estrechamente relacionado con lo anterior, es dable establecer que el papel activista del juez constitucional, puede justificarse en términos estrictamente pragmáticos, cuando ante la creciente cantidad de áreas no reguladas por el legislador, o reguladas de forma insuficiente, o en forma incompatible a la Constitución, o en el peor de los casos de acuerdo a intereses estrictamente elitistas,⁴³ el juez se encarga de hacer operativo el derecho, complementando los vacíos existentes con las normas constitucionales, a través de mecanismos interpretativos derivados de la misma y principios y valores que fundamentan el estado moderno,⁴⁴ con los cuales es posible responder efectivamente a las demandas de la

⁴³ En ese sentido Zagrebelsky, expresa que la ley “no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere ‘constitucionales’ del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares”. Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid. Editorial Trotta. S.A, 1995. p.38

⁴⁴ Según Germán Lozano Villegas la ley concebida como aquella que beneficia a la clase hegemónica, “entró en crisis, toda vez que no abarcaba las demandas sociales, principalmente por su desconocimiento de los paradigmas de la sociedad actual, tales como el pluralismo, la diversidad, la democracia social en las democracias desiguales”. Lozano Villegas, Germán. *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000. p. 12.

población⁴⁵. Además, resulta lógico sospechar que para el ciudadano representa una respuesta que satisface sus intereses, la consecución de una solución concreta por un órgano que sí cumple, antes que las etéreas soluciones prometidas por el legislador a favor del ciudadano, de carácter general y abstracto,⁴⁶ (y ello bajo la eventualidad de que el ciudadano sea escuchado, porque generalmente carece de los mecanismos de participación ciudadana que le permitan opinar, reclamar o verificar).

Por último, en cuanto al sentido negativo de legitimación para que la Corte actúe como “legislador positivo”, vale la pena revisar el discurso de los derechos fundamentales como supletorio o por lo menos complementario del principio de las mayorías. Frente a éste aspecto, ciertamente puede decirse que, de acuerdo con el auge de la necesidad de proteger los derechos humanos, el discurso que lo sustenta se torna fundamental en un ámbito democrático, pues éste encuentra su base precisamente en el respeto al ser humano y los derechos que le son inherentes. Por eso mismo, es válido afirmar que el substrato de cualquier democracia es el disfrute de las libertades y derechos básicos del ciudadano, lo cual, de hecho, es anterior al principio mayoritario y parte operativa indispensable para hacer efectivos tales derechos, lo que a su turno se concreta cuando la voluntad de la mayoría (voluntad popular) es representada por quienes son elegidos con tal fin.

Actualmente ante la crisis del principio mayoritario (imposibilidad fáctica de realización) y teniendo en cuenta que éste no logra explicar el funcionamiento de la democracia -tal vez no por ser falla teórica, sino pragmática por vicios, por ejemplo, en la cultura política-, cabría intentar postular a este discurso como fundamento básico de la misma, o por lo menos como

⁴⁵ Marco Cammelli, plantea que la *deregulation* supone “el desplazamiento de funciones reguladoras de la sede institucionalmente competente (Parlamento-Gobierno) a la judicial, todo ello por fuera de las reglas del sistema”. Cammelli, Marco. *Crisis de los mecanismos reguladores y suplencia judicial en Italia*. En: Revista Derecho del estado. N. 4, abril de 1998. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. P. 89

⁴⁶ Para utilizar la posición empleada por Sandra Morelli cuando cita las reflexiones de Stefano Rodotà (Magistratura e política in Italia. En: AA. VV. Milán: Fertrinelli, 1996. P.17 y 30) que conducen a identificar “en el juez el destinatario de una multiplicidad de demandas sociales de sujetos que no cuentan con otro canal institucional para elevar sus reclamos; esa presión se intensifica si se tiene en cuenta la expectativa de solución del caso concreto que se eleva en la instancia jurisdiccional y no ante el legislador, llamado siempre a impartir soluciones de carácter general y uniforme”. Morelli, Sandra. Op. Cit. P. 165.

su complemento inherente e insustituible, el que, puede operacionalizarse no sólo con el principio mayoritario como se acaba de afirmar, sino con la aplicación adecuada del derecho⁴⁷, pero eso sí, concibiendo al derecho como las normas formalmente producidas por el congreso adicionado al efecto normativo de la Constitución y, por supuesto, aceptando a la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho vigente⁴⁸.

Ahora sí, abordando la legitimidad democrática en sentido positivo, en cuanto a la designación de los 9 miembros de la Corte, se encuentra que mucho se ha discutido el que una Corte que no ha sido elegida democráticamente, tenga la potestad para controlar la constitucionalidad de la ley, lo cual se ha denominado el dilema contramayoritario,⁴⁹ pero éste queda resuelto cuando se verifica que en Colombia sus miembros, al ser postulados por el ejecutivo (presidente de la República) y judicial (altas cortes) y elegidos por el legislativo (senado) respectivamente, existe un nexo de legitimidad soberano, porque las mayorías eligen el parlamento y el presidente y éstos a su turno postulan y eligen a la Corte. En cuanto a la postulación por parte de las altas Cortes, también legitima el respeto a la autonomía entre jurisdicciones. Como se ve, la elección de los miembros de la Corte es respetuosa de la división tripartita del poder, pues en ella intervienen miembros de las tres ramas.

Finalmente, la Corte encuentra su mayor legitimidad en el marco estrictamente constitucional, pues ella fue creada por el poder constituyente (máximo poder, que se encuentra inclusive por encima del poder soberano), e instituida dentro del texto constitucional como la guardiana de la integridad y la supremacía de la Carta. El que haya sido precisamente la voluntad del constituyente primario, quien dispusiera la creación de la jurisdicción constitucional con todo lo que ello implica (creación de un órgano especializado, determinación de competencias

⁴⁷ En éste punto vale traer a colación la frase de Norberto Bobbio que indica que “sólo el derecho puede limitar el poder”. Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. . Bogotá: Fondo de Cultura Económica. 1997

⁴⁸ “La consideración de los derechos y libertades de los ciudadanos como fundamento mismo del sistema, conduce a los Tribunales Constitucionales a un examen infinitamente más riguroso que el realizado en décadas anteriores sobre la legislación que afecta a los derechos y libertades”. AJA, Eliseo. (Ed). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en Europa*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1998. P. 260

⁴⁹ Uprimny Yepes, Rodrigo. *El dilema de la interpretación constitucional*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000. p. 460.

específicas: control de constitucionalidad y revisión eventual de los fallos de tutela, consolidación de la idea de supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento), legitima con suficiencia la existencia de la Corte Constitucional como órgano de control político del estado.

De esta manera, es que resulta válido establecer que una posible, pero cuestionable “vulneración” al principio de la mayoría, sería justificable, si es que tutela la supremacía de la Constitución, con lo cual se legitima el que la Corte pueda entrar a declarar que una ley de inferior jerarquía es inconstitucional, pues de no permitirlo, tendría la consecuencia de establecer que ésta norma estaría por encima de la Carta y por lo tanto podría alterarla.⁵⁰ Siendo antagónicos a ésta postura podría pensarse que no es la voluntad constituyente la que limita a las mayorías, sino las impositivas decisiones de la Corte,⁵¹ pero ésta posición es rebatible cuando se piensa que la Corte no es más que un mandatario de la voluntad del constituyente primario, quien le encomendó proteger la integridad y supremacía de la Constitución. En cambio, debe observarse que la Corte Constitucional antes que un contradictor del principio democrático es su favorecedor porque a través de la modulación de los efectos de los fallos lo que fomenta es la coherencia del sistema y el cumplimiento de la ley ajustada a los postulados constitucionales, lo cual a pesar de ser racionalmente deseable, no les resulta tan conveniente a todos los ámbitos que pueden resultar perjudicados con el estricto cumplimiento de la ley.⁵²

En todo caso, si bien queda claro que no necesariamente la labor de la Corte afecta el poder soberano, es innegable que a pesar de que ésta, no pretenda imponerse por encima de los

⁵⁰ AJA, Eliseo. (Ed). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en Europa*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1998. p. XIII

⁵¹ Posición de Jon Elster en la introducción de *Constitutionalism and Democracy*, editado por Jon Elster y Rune Salgstad. *Studies in Rationality and Social Choice*. Cambridge University Press. 1988. Citado por Pablo Molina. *El debate sobre el futuro de la Corte Constitucional*. En: Revista Consigna, Febrero de 2001.

⁵² Pablo Molina lo expresa en los siguientes términos: “Acostumbrados como estaban los dirigentes colombianos a hacer y deshacer a su acomodo y a menospreciar la Ley, lo que están enfrentando es la emergencia de un orden legal más democrático del que pueden ofrecer. Eso no gusta, porque la tradición era que las leyes se hacían y no se cumplían. Los fallos han llevado a que el poder que detentaban esté severamente restringido por las leyes vigentes.” Ibid. p. 15.

demás poderes, puede llegar a afectar el principio de separación de poderes. El tratadista Luis Carlos SÁCHICA lo plantea en los siguientes términos:

Habilitar a los jueces de la constitucionalidad abstracta que confrontan las leyes con los preceptos constitucionales, para deducir su validez por la conformidad entre los dos niveles normativos, es la consecuencia natural de la supremacía de la Constitución como vértice del ordenamiento jurídico. No importa que esto implique descalificar la decisión legislativa de las asambleas representativas del pueblo en contra de la tesis de su soberanía, ya se trata de subordinar todos los poderes a la decisión del poder constituyente, por ser el supremo, en tanto su voluntad se entiende proferida por el mismo pueblo, del que emanan todos los poderes públicos, los constituidos. Pero, aceptar ese control, no nos engañemos, es erigir un poder superior a los demás poderes constituidos, romper la separación de poderes, conferirle poder de anulación de la ley. Ley que antes, se presumía constitucional, como expresión de la voluntad general, no susceptible de control alguno, por su origen soberano, o expedida por un cuerpo elegido directamente por el pueblo en su condición de soberano.⁵³

1.3 PRINCIPIOS UTILIZADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA MODULAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

Adicionalmente a las justificaciones de orden constitucional y el fenómeno de la legitimidad, que le permite a la Corte ejercer su control de constitucionalidad, utilizando la modalidad de fallo que más convenga al sistema, existen algunos principios que dan fundamento a su papel, los cuales pueden brevemente describirse, iniciando por el de “*conservación del derecho*” que consiste en que en principio, el juez constitucional debe buscar mantener vigente el ordenamiento que ha sido válidamente expedido y que goza de la presunción de constitucionalidad, salvo que padezca de un vicio tan protuberante que haga imposible su compatibilización por medio de alguna interpretación que si se ajuste a la normativa superior.⁵⁴

⁵³ SÁCHICA, Luis Carlos. *Los jueces acaban la separación de poderes*. En: Revista Consigna. Edición 464, II trimestre. Bogotá. 2000 p. 32.

⁵⁴ Alejandro Martínez Caballero lo entiende como aquel que entiende que “los tribunales no sólo deben maximizar la fuerza de los contenidos normativos de la Carta sino también evitar el desmantelamiento del Orden jurídico que supondría su acción indiscriminada en línea de anular la legislación infraconstitucional que mínimamente pudiera ser interpretada en sentido distinto al de la Carta. Martínez, Alejandro Op. Cit. p. 403. En el mismo sentido ver a Germán Lozano, op. Cit. P. 27. También ver Solano González, Edgar. *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000. p. 31

En segundo término se tiene el *principio de interpretación conforme a la Constitución*⁵⁵ que se deriva del anterior, teniendo en cuenta que la interpretación realizada por la Corte Constitucional, debe hacerse buscando que el sentido que adopte la norma inferior sea el de las normas constitucionales, de tal forma que una ley no puede ser declarada inexecutable, si es que en algún sentido, puede ser interpretada de conformidad con la Constitución.⁵⁵

El anterior principio no debe confundirse con el de “*interpretación conforme a la ley*”, pues, de hecho, en la labor interpretativa del juez constitucional en la búsqueda de mantener vigente el principio democrático, no puede abandonar en lo posible la exploración del sentido que el legislador tuvo cuando expidió la norma, a fin de compatibilizarlo con la normativa superior.⁵⁶

1.4 TIPOS DE SENTENCIAS CUYOS EFECTOS SON MODULADOS POR LA CORTE

Como se ha venido sosteniendo a lo largo de éste trabajo, la Corte Constitucional colombiana actúa como legislador negativo y positivo (cuando recurre a la posibilidad de modular los efectos de sus sentencias), lo cual realiza a través de diferentes modalidades, dependiendo de la necesidad normativa, las que pueden sistematizarse en tres (3) grandes categorías, las cuales a su turno se subdividen en otro número importante de variantes, de las cuales serán presentadas algunas, porque no se puede pretender abarcar todas las posibilidades, pues conforme evoluciona la jurisprudencia de la Corte, se van generando nuevos géneros dependiendo a su turno de la mutación de las hipótesis propuestas a su estudio.

⁵⁵ “La interpretación conforme, parte del presupuesto de que la ley en cuestión admite pluralidad de interpretaciones. Las leyes con un contenido unívoco son compatibles o incompatibles con la Constitución y en esos casos no se puede llegar a la interpretación conforme a la Constitución, lo que significa que ésta tiene límites.” Vila Casado, Iván. *Nuevo derecho constitucional. Antecedentes y fundamentos*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibañez. 2002. P. 365. También puede revisarse en el mismo sentido a Germán Lozano, Op. Cit. p. 28.

⁵⁶ Solano González, Edgar. Op. Cit. p. 35.

Las tres categorías principales, a las que se hace referencia son: las de declaración de in/constitucionalidad pura o llana; las de constitucionalidad con modificación material y las de in/constitucionalidad con modificación de su efecto en el tiempo.⁵⁷

1.4.1 Sentencias de declaración de in/constitucionalidad pura o llana.

A ellas ya nos referimos atrás cuando hablamos de las sentencias proferidas bajo el modelo de “legislador negativo”, pero vale precisar que su adopción sólo es posible cuando la norma sometida a control, concurre a cabalidad con el ordenamiento constitucional en una relación unívoca, sin que se desprenda la necesidad de hacer aclaración alguna en la parte resolutive de la sentencia, más que la motivación típica requerida en cualquier tipo de fallo judicial. O si es que la norma es diametralmente opuesta a los postulados constitucionales –sin que sea posible encontrar alguna interpretación que se desprenda de la norma acorde con la Carta-, debe procederse también a su declaración pura y simple de inconstitucionalidad.

1.4.2 Sentencias de constitucionalidad con modificación material

También denominadas manipulativas según la doctrina italiana, o intermedias según la doctrina general europea. Aunque todas ellas se caracterizan por introducir una modificación de contenido material al ordenamiento jurídico, se diferencian entre sí por el efecto específico que cada modalidad genera en el mismo. Así entre ellas pueden destacarse las sentencias condicionadas o interpretativas, las aditivas, complementarias o integradoras, las sustitutivas y las apelativas, exhortativas o de llamamiento al legislador.

⁵⁷ Otras denominaciones convencionales, utilizadas doctrinariamente para clasificar el tipo de sentencias posibles, por parte de los tribunales constitucionales en ejercicio del control constitucional, son las siguientes: Alejandro Martínez Caballero las divide en sentencias desde el punto de vista del contenido de sus decisiones o condicionadas, dentro de las cuales sitúa a las interpretativas, las integradoras y las sustitutivas, y desde el punto de vista de sus efectos temporales entre las cuales sitúa las retroactivas, diferidas o inmediatas. Martínez Caballero, Alejandro. Op. Cit. 383; Humberto Nogueira Alcalá a su turno elabora una clasificación general en declarativas, apelativas o exhortivas, interpretativas o condicionadas, aditivas e integrativas. (Nogueira Alcalá, Humberto. Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000. P. 375); Eliseo Ajá y Markus González Beilfuss tomando en cuenta la experiencia Europea, las clasifican en decisiones simples de admisión o rechazo de la inconstitucionalidad, sentencias unilaterales que modifican algún elemento de la ley y sentencias bilaterales que no solucionan inmediatamente la invalidez de la ley y llaman a la colaboración del legislador. Ajá, Eliseo y González Beilfuss, Markus. Op. Cit. P. 275 y ss.

1.4.2.1 Sentencias condicionadas o interpretativas. Como su nombre lo indica, son sentencias que recaen sobre normas que en principio son inconstitucionales por tener presupuestos normativos incongruentes con la Constitución, pero que gracias al estudio interpretativo realizado por la Corte y amparado en el principio -revisado atrás- de conservación del derecho, es posible mantenerlas vigentes en el ordenamiento jurídico, por existir una posibilidad normativa que sí es compatible con la carta fundamental, por lo que, se toma la determinación de declarar su constitucionalidad pero “condicionado” a que se entienda de tal o cual forma.⁵⁸ De esto se desprende que la norma sólo será constitucional si se la entiende en el sentido interpretado por la Corte en su fallo.⁵⁹

Este tipo de sentencias se explican gracias a la distinción teórica que existe entre precepto o texto legal y norma, conceptos que suelen usarse indistintamente pero que en sentido estricto gozan de un contenido disímil. El texto legal es un enunciado normativo y la norma en cambio es una regla de derecho o una proposición jurídica, lo cual implica que en un enunciado legal pueden haber varios contenidos normativos y es precisamente sobre éste último que recae la labor interpretativa para establecer cuál norma dentro del texto legal es válida y cuál no la es⁶⁰, porque respecto del texto legal, no puede pronunciarse, pues estaría invadiendo la libertad de configuración del legislador.⁶¹

⁵⁸ En el mismo sentido ver: Nogueira Alcalá, Humberto. Op. Cit. p. 377.

⁵⁹ Así por ejemplo en sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte condicionó la constitucionalidad del art. 167 de la ley 270/96 (estatutaria de la administración de justicia) a que se entendiera que el nombramiento que se realice deberá recaer sobre el candidato que encabece la lista de elegibles, esto es, el que ha obtenido la mayor puntuación” para proveer los cargos de vacantes en carrera judicial, y no como simplemente lo exigía el art. demandado, cuando no señalaba a qué persona de la lista debía nombrarse. En la sentencia C-545/92, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se condiciona la constitucionalidad de la norma demandada a que se entienda que la inembargabilidad de los recursos públicos es válida siempre que no se trate del embargo realizado por parte de los trabajadores. En la sentencia C-473 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del inciso primero del artículo demandado, en el sentido de afirmar que, al menos en cuanto respecta a normas expedidas con anterioridad a la Constitución de 1991, a exequible la prohibición de la huelga en los servicios públicos, siempre que se trate, materialmente, de servicios públicos esenciales y que la restricción provenga del legislador - reserva legal -. Otros ejemplos de sentencias interpretativas son las siguientes: C-503/93 M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-542/93. M.P. Jorge Arango Mejía; C-110/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-145/94 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. C-180/94. M.P. Hernando Herrera Vergara, C-496/94 (sobre apelabilidad del habeas corpus) Alejandro Martínez Caballero, C-221/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-183 de 1998, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-478/99 M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, C-499/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-836/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁰ “La doctrina internacional reconoce que si el control recae sobre los textos, no podrían existir sentencias interpretativas, pues el tribunal tendría que limitarse a mantener o retirar del ordenamiento el texto acusado, pero no podría expulsar una interpretación y conservar otra (...)”. Martínez, Alejandro Op. Cit. p.403

⁶¹ Este tipo de sentencias “establecen una interpretación concreta y diferente a la literalidad del precepto legal, y por tanto una nueva norma, más amplia o más restrictiva que la creada por el legislador” Ajá, Eliseo y González Beilfuss, Markus. Op. Cit. p. 277.

Este tipo de sentencias resultan ideales para evitar los vacíos legales, generados con la declaración pura de inconstitucionalidad, por cuanto mediante ellas se evita sacar del ordenamiento una norma que bajo una interpretación extensiva, resulta constitucional. “El tribunal restringe el alcance normativo de la disposición acusada, ya sea limitando su aplicación (no se aplica en tales casos), ya sea limitando sus efectos (no se aplica tal o cual consecuencia). Estas sentencias interpretativas suponen entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa a la misma”.⁶²

1.4.2.2 Sentencias aditivas, complementarias o integradoras. Cuando la Corte en el control de constitucionalidad se enfrenta a una norma que en sí misma no es inconstitucional (por encontrarse ajustada a la Carta), pero adolece de falta de previsión de un supuesto fáctico o jurídico que, generalmente se debe a la vulneración del derecho de igualdad⁶³ o a presupuestos omitidos por el legislador para ciertos procedimientos, sanciones, etc.,⁶⁴ recurre a éste mecanismo, complementando con un enunciado normativo la falencia de la norma sometida a control.

Otras posiciones abordan éste tipo de sentencias describiéndolas como “aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la ley”.⁶⁵ Se entiende pues, como la constatación de una omisión legislativa o de la existencia

⁶² Martínez Caballero, Alejandro. Op. Cit. p. 398.

⁶³ Entre muchas otras sentencias, ver por ejemplo: C-389/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte en virtud del derecho a la igualdad declara la constitucionalidad de “la expresión “salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido” del literal a) del artículo 47 y del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que se aplica también a los casos de adopción de uno o más hijos con el pensionado fallecido”. Así mismo en sentencia C-109/95. M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte adiciona el ordenamiento jurídico, ampliando las causales de impugnación de paternidad para el hijo de mujer casada, cuando declara exequible el art. 3 de la ley 75/68 en su aparte “cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal”, “siempre y cuando se interprete que, además de esta causal, y en virtud del derecho que toda persona tiene de reclamar su verdadera filiación y del principio de igualdad de derechos dentro de las relaciones familiares, consagrados en la Constitución, el hijo de mujer casada cuenta otras posibilidades para impugnar la presunción de paternidad, así: de un lado, si el hijo acumula la impugnación de paternidad con una acción de reclamación de paternidad, deberá darse aplicación preferente al artículo 406 del C.C; de otro lado, en todos los casos, el hijo contará con las causales previstas para el marido en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 95 de 1890”. Otras sentencias en el mismo sentido: C-080/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero (sobre ampliación de pensión de sobrevivientes para beneficiarios de agentes de policía y no sólo para oficiales).

⁶⁴ En la sentencia C-690/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte adicionó a la norma cuestionada del estatuto tributario la posibilidad de que la persona que se encontrara en imposibilidad de presentar su declaración de renta, por caso fortuito o fuerza mayor, pudiera demostrarlo, sin tener que ser sancionado.

⁶⁵ Nogueira Alcalá, Humberto. Op. Cit. p. 378

de leyes incompletas,⁶⁶ teniendo en cuenta que la norma es inconstitucional, “no por lo que expresamente ordena, sino debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos, que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución”.⁶⁷

Este tipo de sentencias al lado de las sustitutivas, son las que mayor polémica han causado, bajo el entendido que definitivamente con ellas el ordenamiento jurídico está siendo adicionado en una tarea similar a la del legislativo, por lo cual se considera que con ellas crean derecho y por lo tanto se instituyen en fuente de derecho con el mismo carácter general, impersonal y abstracto de que goza una ley formalmente expedida por el Congreso.⁶⁸

1.4.2.3 Sentencias sustitutivas. Estas sentencias surgen de la constatación de la inconstitucionalidad de una norma sometida a control y la posterior decisión de la Corte de incorporar una nueva norma que supla la que de acuerdo con el anterior ejercicio, fue encontrada como no ajustada a la Carta. Tal proceder es justificado en el sentido que en algunas oportunidades resulta más perjudicial para el ordenamiento jurídico, el vacío normativo que se genera con la declaración pura de inconstitucionalidad que la incorporación de un nuevo enunciado normativo realizado por la Corte, al amparo del principio de efectividad y el carácter normativo de la Constitución.

Como puede observarse, éste tipo de fallos tiene en su configuración, dos elementos: el primero referido a la declaración de inconstitucionalidad del precepto (estimatorio de la demanda propuesta) y un segundo que sustituye la norma viciada (creador de derecho).⁶⁹

⁶⁶ Caballero Sierra, Gaspar. *Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000. p. 409

⁶⁷ Martínez Caballero, Alejandro. Op. Cit. p. 399

⁶⁸ Un ejemplo típico de éste suceso es la sentencia C-239 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz, referente a la creación por parte de la Corte de la figura penal de la eutanasia por piedad, la cual hasta el momento de aquel fallo no se encontraba prevista en el ordenamiento. Para ello se basó en el derecho a vivir con dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y el deber de solidaridad social, con lo cual fue posible declarar la exequibilidad de la norma “con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”.

⁶⁹ Zagrebelsky lo plantea así: “Ellas se utilizan cuando la ley prevé una cosa, mientras que por Constitución debería prever otra. En esa hipótesis, la Corte declara la inconstitucionalidad de la ley porque, en el aparte, ella contiene cierta prescripción

De hecho éste tipo de sentencias, se generan ante la necesidad de evitar incoherencias en el sistema normativo, pero causa inevitablemente la sensación de sustitución de la labor del legislativo, porque antes que exhortarlo para que regule el ámbito que quedaría incompleto con la declaración pura de inconstitucionalidad, lo sustituye en tal función.⁷⁰

1.4.2.4 Sentencias apelativas, exhortivas o de llamamiento al legislador. En los eventos en que del análisis interpretativo, elaborado por la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad, resulta que es posible declarar una norma inconstitucional sin generar inmediatamente en el ordenamiento jurídico un vacío de mayor entidad, o es posible, en cambio, declarar su constitucionalidad durante un tiempo y bajo una interpretación específica, la Corte ha optado por tomar este tipo de decisiones que plantea al congreso un llamado específico a legislar en la materia –que mediante la sentencia de la Corte ahora queda desregulada o regulada parcialmente-, pero advirtiéndole que ello debe hacerse bajo los presupuestos constitucionales fijados en el fallo.⁷¹

También es posible que habiendo hecho uso de alguna de las otras modalidades de sentencias modulatorias, es decir, por ejemplo, habiendo proferido una sentencia integrativa o sustitutiva (donde interpretó o creó una nueva norma), adicionalmente apele al legislador para que de manera definitiva desarrolle el precepto respectivo, pero teniendo en cuenta el sentido que

en vez de otra. Desde el punto de vista de la estructura, estos pronunciamientos contienen una decisión de inconstitucionalidad de la ley por lo que ella dice, y una decisión de adición, por lo que ella no dice”. Zagrebelsky, Gustavo. Op. Cit. p. 299

⁷⁰ Así lo avisora Alfonso López Michelsen cuando en su artículo “Sobre el cuestionamiento de la Corte Constitucional”, plantea que con las sentencias sustitutivas, yendo más lejos en la tarea legislativa, la Corte, al no limitarse a declarar la inexequibilidad, extiende su fuero al extremo de sustituir el texto de la ley, por otro texto de la cosecha de la propia Corte, en razón a considerarlo más acorde con la Constitución”, por lo cual en la sentencia C-113 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía “la Corte al estudiar un artículo del estatuto que regulaba los juicios ante la Corte y precisaba taxativamente los casos en los cuales la Corte podía conferir efectos retroactivos a su decisión, se declaró la inconstitucionalidad del artículo, en virtud de que no es de la competencia de la ley regular los efectos de los fallos, ya que tal competencia es propia de la Constitución o, en su defecto, del Tribunal Constitucional. Por ende anuló su contenido normativo y se adelantó a establecer un contenido sustituto, recordando, que conforme la Constitución, corresponde a la propia Corte fijar los efectos de sus fallos”. López Michelsen, Alfonso. *Sobre el cuestionamiento de la Corte Constitucional*. En: Revista Consigna. Edición 406. Bogotá. IV trimestre 2000. p.13

⁷¹ Una sentencia representativa es la C-473/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se demandan los artículos del C.S.T. referentes a la huelga y la Corte decide tomar la siguiente decisión: “Exhorto al Congreso para una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales en un tiempo razonable, por la importancia del tema y el mandatos del artículo 56 de la Constitución”. Ver también: Sentencias C-436/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-450/95 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-024/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-094/92, C-273/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-285/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-075/97 M.P. Hernando Herrera Vergara, C-377/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-620/01 M.P. Jaime Araujo Rentería.

queda sentado en el fallo de constitucionalidad de la norma en cuestión. A éstas sentencias suele denominarse “sentencias leyes” porque pasa de elaborar un simple exhorto al legislador, a determinar con exactitud en qué forma ha de ser expedida la nueva norma.⁷² “Así las cosas, el legislador pasaría a una función de legislador delegado, en donde únicamente le restaría hacer la norma dando cumplimiento a los requisitos fijados por la Corte o Tribunal Constitucional que, desde luego, consideramos busca una elaboración constitucional de las leyes”.⁷³

Inclusive, en algunos eventos, ante la evidencia de las omisiones legislativas respecto de situaciones específicas que requieren una regulación jurídica, la Corte suele exhortar al Congreso para que legisle en tal o cual sentido, pues es un hecho irrefutable que la falta de regulación de algunos eventos de la vida social, puede generar la violación de derechos fundamentales de las personas o a una inestabilidad institucional.

Se entiende que ésta modalidad de sentencia, es la más compatible con los principios democráticos y de separación de poderes, por ser respetuoso de la facultad primaria del legislador para expedir las normas que han de regir el estado. Pero en todo caso, debe observarse que dependiendo del sentido en que sea proferido el llamamiento, será más o menos respetuoso de tal facultad, pues existen desde los llamados, donde simple y llanamente se limita a sugerir al legislador que regule de nuevo la materia, hasta aquellos donde se impone los parámetros y criterios a partir de los cuales debe legislarse el asunto, lo cual podría verse como una franca intromisión en la libertad de configuración política del legislador.⁷⁴ Sin embargo, vale la pena presentar una lectura diferente al respecto, consistente

⁷² Un ejemplo claro de ello, es la sentencia C-239/97 M.P. Carlos Gaviria Díaz, sobre la eutanasia a la que se hizo referencia atrás, pues en ella además de integrarse un nuevo contenido al ordenamiento, se profiere un llamado al legislador.

⁷³ Lozano Villegas, Germán, Op. Cit. p. 65

⁷⁴ En la sentencia C-221/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte declara exequible el art. demandado pero en forma condicionada (en el entendido de que las explotaciones de los recursos naturales no renovables requieren licencia ambiental), exhorta al Congreso para que regule la materia en un término específico (de 5 años), le indica la forma en que debe hacerlo (expedición del régimen de regalías para extracción de arena, piedras y cascajo de los ríos), y le advierte que en el caso de no hacerlo, tal norma será inconstitucional. Esta sentencia puede entenderse como una oportunidad al legislador para que cumpla con su función, pero a su turno la ratificación de que la última opción radica en cabeza de la Corte.

en que la modalidad de llamamiento al legislador no necesariamente representa una intromisión en las funciones propias del legislador, sino la aplicación del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público (art. 113 C.P.).⁷⁵

1.4.3 Sentencias de in/constitucionalidad con modificación de su efecto en el tiempo o sentencias temporales

Por regla general, las sentencias proferidas con ocasión del ejercicio del control de constitucionalidad tienen efecto de cosa juzgada, erga omnes y hacia el futuro (ex-nunc). Así, la norma sometida a control no podrá volver a ser demandada por las mismas razones; el fallo tendrá efectos frente a todos y serán profuturo, sin afectar las situaciones ya consolidadas; todo ello con el objeto de generar seguridad jurídica dentro del sistema normativo. Sin embargo, la práctica jurisprudencial ha justificado la necesidad de regular los efectos de sus fallos no sólo en cuanto a su contenido material, sino respecto de los efectos que tales fallos tienen en el tiempo, de tal forma que es posible y de acuerdo con el caso sometido a control, establecer qué efecto es más conveniente para evitar traumatismos en el ordenamiento jurídico que podrían ser generados con el vacío normativo y la búsqueda de la conservación de la supremacía de la Constitución.

1.4.3.1 La cosa juzgada relativa, absoluta y aparente. En principio, cuando la Corte profiere un fallo de constitucionalidad sobre una norma, se entiende que la cosa juzgada es absoluta frente a todo el precepto y por lo tanto no podría ser demandado de nuevo, pero excepcionalmente puede ocurrir que la norma sea de un contenido tan amplio y que advierta tantos posibles matices que la Corte sólo se pronuncie sobre determinado aspecto, dejando a salvo futuros pronunciamientos sobre aspectos no tenidos en cuenta en la primera oportunidad. Lo anterior no resulta extraño, ya que se encuentra de acuerdo con la lógica jurídica, porque constituiría una negación del derecho pensar que si un precepto no se ha revisado en su integridad estableciendo su conformidad con la Constitución, no se permitiera

⁷⁵ Lozano Villegas, Germán, Op. Cit. p. 64

de nuevo su examen, pero esta vez, circunscrito a los cargos que no fueron estudiados en un primer momento.

Y ello es adecuado porque en materia constitucional aquello de la cosa juzgada absoluta o material, implicaría un estancamiento a la labor propia de la Corte, pues no permitiría adecuar la jurisprudencia de acuerdo con la evolución de la sociedad.⁷⁶

Más sí representa una innovación en las técnicas interpretativas el caso de la justificación de la cosa juzgada aparente que permite revisar normas que ya han sido examinadas por un mismo cargo. Resulta cuestionable entonces, que al suponer que respecto de una norma impugnada ya existía el consenso sobre su in/constitucionalidad respecto de la Carta, luego en un fallo posterior se estudie de nuevo su compatibilidad con la misma, y más que eso, se cambie la posición ya adoptada, con la fuerza de la cosa juzgada.

La Corte Constitucional ha justificado esta categoría en la constatación de su posible falibilidad al adoptar las decisiones. Ello ocurre cuando declara en la parte resolutive de sus sentencias, la constitucionalidad de un precepto demandado sin que efectivamente en la parte motiva se haya hecho alusión alguna o por lo menos adecuada, sobre el mismo,⁷⁷ o incluso cuando el vicio de inconstitucionalidad ha sido inadvertido por la Corporación.⁷⁸ Es decir que la Corte con esta teoría admite la posibilidad de cometer errores, adoptando como mecanismo de reparación, la realización de un nuevo estudio, lo cual si bien soluciona el caso particular sometido a examen, genera en los operadores jurídicos la sensación de inseguridad y de una certeza sólo relativa de la cosa juzgada, pues se supone que las sentencias de la Corte deben ser acatadas por todos desde el momento de su promulgación en el sentido en que ella ha

⁷⁶ “Dada la dinámica y transformación de la norma constitucional, posiblemente podría presentarse el caso en que una norma declarada constitucional, frente a esta nueva dinámica constitucional, quebrante su integridad y supremacía, y por ello deba ser declarada ilegítima” Lozano Villegas, Germán, Op. Cit. p. 40

⁷⁷ La Corte así lo reconoció en sentencia C-700/99 M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo, cuando verificó que en una sentencia anterior se había declarado la constitucionalidad del decreto 663/93 (sobre el sistema de financiamiento de vivienda), sin haberlo motivado.

⁷⁸ Ver en éste sentido: Morelli, Sandra. Op. Cit. p. 83-86.

indicado, y en cambio, se está posteriormente modificando aquello que parecía un sólido constitucional, generalmente mediante el mecanismo de conceder efectos retroactivos a su fallos, lo cual será examinado a continuación.

1.4.3.2 Efectos retroactivos de las sentencias (ex tunc). Constituye la excepción a la regla general de que los efectos de los fallos en el control de constitucionalidad son profuturo (ex – nunc).⁷⁹ Implica que el fallo proferido –independientemente de la clase de pronunciamiento (contenido material de la sentencia)- rige hacia el pasado, retrotrayéndose al momento en que fue proferida la norma viciada. Este efecto se asimila al ocasionado con la declaración de nulidad absoluta de una norma, donde se entiende que la norma nunca existió por haber nacido a la vida jurídica con falencias, siendo necesario retrotraerse al momento en que se creó tal vicio, es decir, el día en que entró en vigencia la norma demandada (aunque en algunas oportunidades el fallo no se retrotrae a éste momento sino a uno diferente, porque no necesariamente coincide el momento en que entra en vigencia la norma, -fecha a la cual debería retrotraerse- con la generación del vicio que da lugar a la inconstitucionalidad, el cual puede ser posterior).⁸⁰

Dado que la asunción de éste tipo de fallos puede generar problemas con las situaciones favorables ya consolidadas, la Corte debe hacer un cuidadoso estudio sobre las consecuencias de tal declaración, porque si bien puede buscarse mantener la supremacía de la Carta, proteger los derechos que fueron conculcados con la expedición de la norma y, en ese sentido, desear que tal norma nunca hubiera pertenecido al ordenamiento, no puede escaparse al análisis constitucional que existen situaciones en que la norma declarada inconstitucional ya causó ciertos efectos frente a sujetos, que pueden ser más beneficiosos que los que genera la declaración de inconstitucionalidad.

⁷⁹ El art. 45 de la ley 270 de 1996 señala que “las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución política, tienen efectos hacia el futuro, a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

⁸⁰ Un ejemplo claro de esto se encuentra en las sentencias C-815/99 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-1433/00 en las cuales en virtud del derecho a la igualdad se ordena un incremento salarial para los empleados públicos que no lo recibieron en la misma fecha en que lo obtuvieron otros de diferente categoría, pero empleados públicos al fin y al cabo.

De ésta manera la Corte debe examinar la conveniencia de modular los efectos de sus fallos hacia el pasado y, en caso contrario, solo conceder efectos hacia el futuro, lo cual seguramente resulta menos traumático en la praxis, que la regulación de los efectos ex-tunc.⁸¹

Sin embargo, es indudable que en algunas oportunidades resulta muy conveniente declarar los efectos retroactivos de la sentencia de constitucionalidad, porque con ello pueden defenderse derechos subjetivos que pudieron verse violados por el tenor de la norma.⁸²

1.4.3 Sentencias de inconstitucionalidad diferida o temporales. La otra posibilidad de modulación de los efectos de las sentencias en el tiempo, tiene que ver con que aun constatada la inconstitucionalidad de la norma, la Corte decida no declararlo así inmediatamente y mantener la disposición acusada dentro del ordenamiento, pero concediendo un término que ella considera prudente, para que el legislativo expida la norma que deberá reemplazar la que es encontrada como inconstitucional. Como puede observarse ésta clase de sentencia se relaciona intrínsecamente con aquellas en las cuales se exhorta al legislador para que expida la norma que reemplace la cuestionada.⁸³

⁸¹ En éste sentido García de Enterría señala que la declaración de los efectos profuturo, “permite pues, gradualizar progresivamente la efectividad de la Constitución sin el precio de una conmoción social a cada nuevo escalón.” García de Enterría. Eduardo. *Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en el declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. Madrid: R.E.D.A., N. 61, 1989, p. 11.

⁸² Este es el caso de la sentencia C-113/93 M.P. Jorge Arango Mejía por medio de la cual la Corte otorgó efectos retroactivos a su fallo, obligando a devolver el valor pagado por concepto de impuestos a quienes al amparo de la norma ahora declarada inconstitucional lo hicieron. Así mismo ver, sentencia 690/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸³ Para ello vale remitirse a la sentencia C-221/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz a la cual ya se hizo referencia atrás y la sentencia C-700/99 M.P. José Gregorio Hernández Galindo en la cual la Corte concede un plazo de 8 meses mientras el Congreso reelabora el nuevo sistema de financiamiento de vivienda. Otros ejemplos válidos son: sentencias C-083/93 M.P. Fabio Moron Diaz, C-129/95 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En la sentencia C-221/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte señaló: “Algunos podrían considerar que esta decisión de exequibilidad temporal desconoce la separación de poderes y representa a una extralimitación de la Corte, la cual estaría desbordando su competencia o invadiendo la órbita de actuación del Congreso. Sin embargo ello no es así. Por el contrario, el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislador en el campo de las regalías es lo que explica la decisión de la Corte de declarar exequible la norma acusada, ya que de esa manera se pretende que no sea el juez constitucional sino el Congreso quien entre a definir el monto de las regalías por la explotación de estos recursos no renovables. Sin embargo, la fuerza normativa de la Constitución y el deber que tiene el Legislador de imponer regalías a la explotación de todo recurso no renovable obligan a consagrar un plazo a fin de no permitir la prolongación en el tiempo de una situación constitucionalmente irregular. Así, con esta decisión, de carácter meramente temporal, se otorga al Congreso la posibilidad de que, en ejercicio de su libertad de configuración política, y dentro del plazo necesario, pueda expedir la norma que corrija las deficiencias constitucionales verificadas en el artículo demandado. No hay pues invasión por parte de la Corte de las competencias del Congreso sino por el contrario un respeto profundo por la libertad de configuración de los órganos de representación política. No hay tampoco una extralimitación en las funciones del juez constitucional, pues si la Corte puede declarar la inexequibilidad de un norma legal (CP art. 241), nada obsta para que pueda también diferir los efectos de tal decisión si ésta es la mejor forma de asegurar la integridad de la Constitución, como sucede en el caso que se estudia. La constitucionalidad temporal no compromete entonces el principio de división de las ramas del poder público. Por el contrario, se trata de una expresión de la colaboración

Vale la pena traer a colación las consideraciones del Dr. Alejandro Martínez Caballero al referirse a este tipo de sentencias:

Una cosa es que el juez constitucional precise si una norma legal viola o no la Constitución, que es un acto de conocimiento, y otra que decida declarar su inexequibilidad, anularla o retirarla del ordenamiento, que es una decisión. Por ende, no existe ninguna contradicción en que un juez constitucional constata la incompatibilidad de la disposición acusada con la Carta pero decida no anularla, como lo ha hecho, en innumerables ocasiones, el Tribunal Constitucional alemán, quien precisamente distingue entre la verificación de la contradicción de una ley con la constitucionalidad o “inconstitucionalidad simple”, y la decisión de anularla. ¿Y por qué esa distinción es importante?. Precisamente para tener en cuenta los efectos de las sentencias, pues ¿qué sucede si el tribunal concluye que una norma es inconstitucional pero su anulación inmediata genera una situación peor, desde el punto de vista de los valores constitucionales, que preservar la disposición en el ordenamiento? ¿Debe el tribunal anular la norma, a pesar de esos efectos de la decisión? No es razonable, pues estaría generando una situación constitucionalmente más crítica. ¿Debe entonces declararla constitucional? No es procedente, pues la norma es en sí misma inconstitucional. En tales casos, la única alternativa es la constitucionalidad temporal, o la inconstitucionalidad diferida, a fin de permitir que el Legislador modifique, en un plazo prudencial, la disposición constitucional.⁸⁴

1.5 LEGITIMACIÓN, OBLIGATORIEDAD Y ACATAMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

De conformidad con el art. 48 de la ley 270/96 las sentencias proferidas en cumplimiento del control de constitucionalidad, “sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”. Sin embargo, según la misma jurisprudencia de la Corte (sentencias C-131/97 y C-037/96) ello se amplió a considerar que adicionalmente también tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva de las sentencias que guarden una relación estrecha, directa e indispensable

de las mismas para la realización de los fines del Estado (C.P. art. 113), en particular para la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales y del interés general (C.P. art. 2º). En este sentido, la Corte no puede desatender los mandatos constitucionales que la vinculan como Estado- juez a la protección de tales derechos e intereses. Consecuentemente está llamada a adoptar una decisión razonable que permita la participación del órgano legitimado constitucionalmente para definir las reglas generales de comportamiento social, a fin de armonizar, en un tiempo prudencial, los derechos e intereses que pudieren verse afectados con un fallo de inexequibilidad y aquellos que efectivamente se afectan con la norma que debe ser declarada inexecutable”.

⁸⁴ Martínez Caballero, Alejandro. Op. Cit. p. 406

para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.

De ésta manera, se tiene que los fallos de la Corte Constitucional con ocasión del control constitucional, gozan de un poder vinculante extraordinariamente amplio y en tal sentido vincula a todos y entre ellos esencialmente a todos los poderes públicos, a efecto de que estos tengan una verdadera efectividad, pues de nada serviría que la Corte profiriera sus fallos en tal o cual sentido, si es que ellos no son de obligatorio acatamiento por todas las personas, pero esencialmente por los poderes públicos que son los llamados a hacerlos cumplir.

Adicionalmente existe una obligación de orden supremo para las autoridades públicas, plasmada en el art. 243 inc. 2, que consiste en que ninguna de ellas “podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”, lo cual indudablemente pone de relieve el debido respeto que ellas han de tener respecto de la jurisprudencia constitucional que les es vinculante.

Por otro lado, respecto de la obligación de acatamiento de los fallos frente a todas las personas, se tiene que en términos de legitimación, las sentencias de la Corte en el común de la población han despertado sentimientos de respaldo prácticamente unánime, por cuanto estos representan el nexo de unión entre el derecho y la justicia material, que generalmente suele verse como dos conceptos inconexos.⁸⁵

Por ello se tiene que, tanto en los órganos del poder público (ejecutivo, legislativo, judicial y demás órganos adscritos y vinculados) como en la mayoría de la población, existe un

⁸⁵ En ese sentido José Gregorio Hernández, exmagistrado de la Corte Constitucional, indicaba en un artículo periodístico lo siguiente: “Los fallos que la Corte profiere en ejercicio de su función son para cumplirlos, no para discutirlos y son obligatorios para las autoridades y los particulares. Además, si se trata de los críticos, no hay necesidad de que la Corte se enfrente con ellos porque ya han sido derrotados, y de qué manera, por la opinión pública”. Hernández, José Gregorio. La República, nov 12/00.

acatamiento generalizado respecto de tales fallos, de tal forma que sólo encuentra resistencia cuando profiere fallos en los cuales modula sus efectos, de los cuales algunos chocan con las políticas públicas implementadas por el estado o la autonomía de los otros órganos jurisdiccionales, sin ser ésta la regla general, pero sí, lo que más polémica suscita.

1.6 CUESTIONAMIENTOS Y TENSIONES

En términos generales, como se acaba de indicar la Corte Constitucional colombiana goza de un alto margen de legitimación frente a los receptores de sus fallos, pero eventualmente han existido pugnas institucionales de grandes proporciones cuando en ejercicio del control constitucional o de la revisión de los fallos de tutela se ha “inmiscuido” en las labores propias del legislativo, ejecutivo o judicial, lo que ha ocasionado airadas críticas procedentes de estos sectores en contra de la amplitud de funciones que la Corte se ha arrogado y que en consecuencia le resta eficacia a sus propias competencias.

Estas críticas también surgen desde el ámbito académico, cuya tarea ha sido observar los problemas teóricos que ocasiona la praxis adelantada por la Corte y demás tribunales que siguen esta tendencia como legisladores positivos, frente a la doctrina kelseniana que ha sido institucionalizada por las constituciones en el mundo.

Como se anota, tal tendencia ha recibido toda suerte de cuestionamientos, desde diferentes ámbitos tanto académicos como institucionales. Así, frente al poder legislativo, se plantea que estos tribunales están invadiendo la órbita del legislador con la “problemática de la indeterminación del derecho”,⁸⁶ lo cual no sería posible bajo el supuesto de regímenes democráticos como los nuestros que se sustentan en la división clásica del poder y el respeto entre las tres ramas, o bajo razones de teoría política que establecen que el control constitucional de las normas debe estar en cabeza del legislador por “aumentar la racionalidad

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Editorial Trotta. Madrid. 1998 p. 316.

del proceso de producción legislativa”.⁸⁷ Habermas plantea que “no sería totalmente desacertado reservar esta función, también en última instancia, a un autocontrol del legislador, que podría adoptar la forma de un procedimiento articulado en términos de proceso judicial”.⁸⁸ Robert Alexy, a su turno, señala que cuando los tribunales constitucionales son quienes realizan el control, “falta el factor de vinculación más importante para la argumentación jurídica profesional en general, a saber, la ley simple, relativamente concreta en la mayoría de los casos. Su lugar vienen a ocuparlo, determinaciones o definiciones de los derechos fundamentales, muy abstractas, abiertas, y cargadas de ideología”.⁸⁹

Así mismo, respecto del poder judicial los máximos órganos de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, plantean una intromisión injustificada en su autonomía funcional, lo cual se agrava por aparentes celos institucionales ante la merma de facultades sufrida al introducir la justicia constitucional como órgano independiente de aquellos. Francisco Rubio Llorente plantea que: “Esta práctica, que viene a invalidar, dicho sea de paso, la concepción kelseniana del Tribunal Constitucional como ‘legislador negativo’, ha dado lugar en todas partes a tensiones graves que en Italia llevaron a hablar de una guerra delle due corti. La tal guerra incruenta y según todos los síntomas conclusa, se suscitó con motivo de las llamadas sentencias interpretativas di rigetto, es decir, aquellas en las que la Corte Constitucional rechazaba la cuestión de inconstitucionalidad planteada porque el precepto cuestionado no resultaba, en una determinada interpretación, contrario a la Constitución”.⁹⁰ En el caso colombiano ello es verificado por Sandra Morelli quien señala que “nuestros tribunales judiciales no aceptan de ninguna manera que la sentencia del juez constitucional es fuente del derecho”.⁹¹

⁸⁷ Ibid. P. 314

⁸⁸ Ibid. P. 315.

⁸⁹ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. 1993. P. 532 y ss.

⁹⁰ Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales. 1993. p. 476.

⁹¹ Op. Cit. Morelli. Sandra. p. 29.

Y respecto del ejecutivo se tiene que éste ve en la labor de la justicia constitucional a un enemigo de sus políticas públicas, por cuanto en procura de la defensa de los derechos fundamentales merma su libre capacidad de acción, lo que estima como inconveniente. De igual manera, hay quienes han sostenido como Carl Schmitt, que el control constitucional debe estar radicado en cabeza del ejecutivo y, concretamente, en cabeza del presidente por ser éste quien es el directo responsable de la garantía de los derechos respecto de sus ciudadanos.⁹²

Pero así como el activismo judicial de los tribunales constitucionales ha recibido críticas, también goza de crecientes manifestaciones de apoyo, en tanto estos organismos se constituyen en una respuesta a la crisis de representación política al verificarse que el sistema político no logra canalizar las demandas de la sociedad civil, mientras que estos tribunales, mediante una marcada tendencia cuasilegislativa, posibilitan en un grado importante el tránsito de una justicia formal a una material bajo el amparo de valores, principios y derechos de orden constitucional.

De ésta forma el mismo Habermas, acepta que “cualquiera que sea la postura que se adopte respecto de la *institucionalización adecuada* de esa interpretación de la Constitución que concierne directamente a la actividad del poder legislativo, no cabe duda de que la concretización del derecho constitucional por una jurisdicción constitucional encargada de decidir en última instancia, sirve a la clarificación del derecho y al mantenimiento de un orden jurídico coherente”.⁹³ Hesse, a su turno, considera que “las decisiones del Tribunal Constitucional contienen sin duda un momento de configuración creadora”.⁹⁴ Y Sandra Morelli señala respecto de la corte Constitucional Colombiana que “la necesidad de preservar las decisiones legislativas del Congreso la ha llevado a proferir sentencias interpretativas y manipulativas, que no sólo evidencian su papel de legislador positivo, sino que además

⁹² Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1998.

⁹³ Op. Cit. Habermas. p. 316.

⁹⁴ Citado por Habermas en *Facticidad y Validez*. p.317

amplían el concepto de norma constitucional predicable, a veces, de algunos apartes de la motivación del fallo”.⁹⁵

En todo caso, es conveniente indicar que en Colombia, los mayores cuestionamientos han surgido en materia económica y política criminal (relacionado en parte con el tema de la moral pública). Así respecto del primer aspecto se tiene que los fallos más polémicos son aquellos que han significado una erogación considerable de dinero, no previsto en el presupuesto del estado, en favor de específicos sujetos,⁹⁶ o que han modificado la política económica del mismo.⁹⁷

Críticas autorizadas en éste sentido no se han hecho esperar de parte de reconocidos economistas, juristas y demás tratadistas, dentro de los cuales vale resaltar, inclusive, una porción minoritaria y conservadora de magistrados de la Corte Constitucional. Todos ellos coinciden en identificar a la Corte Constitucional como un ente extralimitado en sus funciones, usurpador de la labor legislativa del Congreso y ejecutiva del gobierno, que actúa efectivamente como un legislador positivo de forma populista y desconocedor de la técnica

⁹⁵ Op. Cit. Morelli. P. 71

⁹⁶ El caso más significativo tiene que ver con la indexación de los salarios de los servidores públicos a quienes no se les hizo el aumento salarial anual de conformidad con el índice inflacionario, lo cual generó una carga salarial de enormes proporciones pues requirió de un gasto público adicional cercano a los \$850.000 millones de pesos para el año 2000 y de cerca de 1.2 billones de pesos en el año 2001, lo cual representa el 0.5% del PIB del año 2000 (Dato suministrado por Juan Manuel Santos (ministro de hacienda y crédito público durante éste período) en su presentación “La situación macroeconómica y perspectivas” en el Foro Anif-Fedesarrollo, Octubre 2000. Ver sentencias: C-815/99 M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo, C-1433/00 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-1549/00 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. Otro caso relevante es el de la sentencia C-1504/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra donde la Corte determina que los recortes de personal en las empresas y entidades descentralizadas no podría realizarse como legalmente se encontraba estipulado por violar principios de autonomía administrativa. Por otra parte, mediante la revisión de fallos de tutela también se ha requerido de parte del estado grandes erogaciones de dinero, en procura de la defensa de los derechos fundamentales de los tutelantes (especialmente en casos de derecho a la salud), más éste aparte solo se trae a colación como información relevante, pues solo es objeto de este estudio la actividad de la Corte en ejercicio del control constitucional.

⁹⁷ El fenómeno más sonado de “supuesta” invasión en los terrenos de la política pública del Estado es la que tiene que ver con la financiación de vivienda. De ésta manera la Corte a fin de acabar con un sistema que en su sentir y el de millones de perjudicados era absolutamente inequitativo, decidió establecer ciertos criterios que modificaron sustancialmente el que venía funcionando para imponer uno que si se ajustara a los postulados constitucionales, pero que obviamente no obedecía a los presupuestos de existencia de un sistema que por su propia naturaleza requiere del elemento utilidad o rendimiento financiero. Así estableció como premisas necesarias para el nuevo sistema de financiamiento la atadura de la corrección monetaria a la inflación reciente y no a una tasa de interés, prohibición de la capitalización de intereses, regulación de los sistemas de amortización, exigencia de un 30% de cuota inicial y la obligación impuesta al sistema financiero de aceptar prepagos de la deuda y al banco de la República para fijar los límites de las tasas de interés) y exhortó al Congreso para expidiera una ley que recogiera sus sugerencias y regulara el nuevo sistema de financiamiento de vivienda, lo cual se concretó en la ley 546/99. Ello puede observarse en las sentencias C-252/98 M.P. Carmenza Isaza de Gómez, C-383/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-700/99 M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo, C-747/99 Alfredo Beltrán Sierra, C-995/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

económica, por lo que consideran absolutamente necesario el recorte de tales facultades a fin de conservar la estabilidad institucional.

Así Sergio Clavijo –exmiembro de la Junta Directiva del Banco de la República- establece que “el común denominador de los errores económicos de la Corte está en el detrimento de la distribución del ingreso a través del uso de criterios de supuesta igualdad, para casos que requerían precisamente tratamientos diferentes”. Y continua expresando: “El error histórico de algunas cortes constitucionales, incluida nuestra Corte del período 1991-2000, radica en ocuparse precisamente de aquellos temas económicos que, por ser muy variables, dan pie a diversas interpretaciones y soluciones según la coyuntura y disponibilidad presupuestal”. Adicionalmente se contempla que la Corte desconoce el principio económico de que los recursos económicos son escasos y más en un país pobre, por lo tanto “los loables objetivos sociales tan sólo se podrán alcanzar de manera gradual”, porque la “miopía económica no es buena consejera para el desarrollo”.⁹⁸

En igual sentido, Salomón Kalmanovitz –codirector del Banco de la República- adjudica los problemas para el desarrollo a largo plazo del país a dos causas: a la ignorancia por parte de la Corte sobre la restricción presupuestal y a la regulación anti-técnica del sistema financiero y de vivienda por ésta misma. De ésta manera señala que:

La Corte entra en la categoría de las instituciones que inducen a la mala asignación de muy escasos recursos públicos, colocándose incluso por encima del deber elemental del funcionario público para con el contribuyente, en el sentido de cuidar sagradamente sus recursos”. (..) “Si llevamos el argumento al límite, no hará un estado que sea viable financieramente bajo la égida de una Corte que lo obliga a gastar sin límite y le impide ampliar el recaudo de los tributos.”⁹⁹

⁹⁸ Clavijo, Sergio. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá: Alfaomega. 2001, p. Xii.

⁹⁹ Kalmanovitz, Salomón. *Consecuencias económicas de la Corte Constitucional*. En: Revista Consigna. IV Trimestre. 2000. p.16

Sandra Morelli a su turno cuestiona el papel de las Cortes Constitucionales en los estados sociales de derecho, para establecer que a estos “les corresponde la función estructural de suplantar a los órganos del poder público en la función de fijar políticas, cuando estos no procedan en dicho sentido”.¹⁰⁰

Por último los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa en su salvamento de voto a la sentencia C-955/00, sostienen: “La Corte, sin ser el órgano competente, tanto en términos jurídicos como cognoscitivos, abiertamente sustituye al legislador en lo que respecta al desarrollo del derecho a la vivienda digna”.

Como puede notarse, son múltiples las críticas que se esbozan en contra de la intromisión de la Corte en materia económica, pero en cambio, contestatariamente intervienen con mucho sentido otras posiciones que avalan tal proceder. Entre ellas la planteada por José Gregorio Hernández –exmagistrado de la Corte-, que señala que el llamado a la Corte para no pronunciarse sobre estos temas, “no obstante su persuasión científica acerca de la contradicción entre ella y la Carta política”, (...) encierra “un llamado al prevaricato”, porque se tiende a impedirle a los magistrados que la integran el cumplimiento de su deber de administrar justicia. “Aún reconociendo que una decisión judicial de inexecutable puede producir efectos no queridos en muchos campos, la responsabilidad de los mismos no recae en el tribunal que declara la inconstitucionalidad sino en quien, violando la Constitución, profirió la norma o el estatuto inexecutable”¹⁰¹

Con la misma tendencia Jorge Arango Mejía, propone que “se equivocan los que sostienen que la actividad económica está más allá de la ley y de la Constitución. Y más culpable aún es la ignorancia de quienes han llegado a proponer la creación de una Corte Constitucional

¹⁰⁰ Sandra Morelli, op. Cit. P. 93

¹⁰¹ Hernández, José Gregorio. *El ejercicio independiente de la función de control de constitucionalidad*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000. P. 442.

dedicada solamente a examinar las leyes que regulan la economía, como si la Constitución pudiera fraccionarse y no fuera un sistema”.¹⁰²

Finalmente, otro asunto relevante en que la Corte ha encontrado fuertes cuestionamientos es en materia penal; ello porque se considera que la política criminal –dada su especial importancia- debe ser exclusivamente fijada por el Congreso y el gobierno, y no por la Corte Constitucional, como eventualmente podría entenderse cuando ha modificado el ordenamiento jurídico en ésta materia, despenalizando ciertas conductas típicas,¹⁰³ penalizando otras o modificando inclusive el principio de legalidad,¹⁰⁴ descalificando las sentencias proferidas por la jurisdicción ordinaria,¹⁰⁵ y en fin, supliendo la labor propia de las otras ramas del poder público.

Sin embargo, la Corte en algunas sentencias como aquella que profirió con ocasión del aborto y abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, la Corporación consideró que:

Si la Corte Constitucional pudiera, por el sólo hecho de la eliminación de la pena menor, porque la entiende tenue, cómplice y permisiva, retirar del ordenamiento jurídico una

¹⁰² Arango Mejía, Jorge. *La guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000. P. 448.

¹⁰³ Los casos más relevantes en éste sentido tienen que ver con la despenalización de la dosis personal mínima de estupefacientes (sentencia C-221/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz) y de la eutanasia (sentencia C-239/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En la primera de ellas la Corte, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz resuelve en virtud del respeto a la dignidad humana, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, sustituir la represión por la educación y permitir que para dosis personales mínimas no se aplique pena alguna, lo cual obviamente suscitó un debate intenso en el que se consideró que ésta sentencia “suponía la formulación de una nueva política pública distinta a la definida por el Gobierno y el Congreso en materia de consumo de drogas en cuanto a hacer prevalecer la prevención sobre la represión y el impacto que supuso sobre la estructura de valores de los colombianos” (Sandra Morelli, Op. Cit. P. 54), así como se cuestionó “la tendencia de la Corte a trascender el plano jurídico-dogmático de los problemas sometidos a su decisión, para plantearlos como problemas metajurídicos a través de la discusión de su anclaje en las grandes estructuras del pensamiento, y en los supuestos culturales, antropológicos, metafísicos y éticos de las normas examinadas”. (Hernando Yepes. La sentencia C-221/94 ¿delimitación ontológica del derecho o mutación constitucional? En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1995*. Respecto de la segunda sentencia sobre la eutanasia, sucede algo similar que con la anterior, pues en ella la Corte se adentra en consideraciones iusfilosóficas para establecer que en virtud del respeto a una vida digna es procedente el homicidio asistido con el consentimiento de la víctima, pues “el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”. Las críticas a ésta sentencia estuvieron alrededor de la adopción por parte de la Corte una inadecuada posición que intentando ser laica, ingreso valoraciones preconcebidas sobre la vida. Morelli, Sandra. Op. Cit. p. 150

¹⁰⁴ Sentencia C-333/98, sobre el incesto.

¹⁰⁵ Específicamente cuando la Corte en ejercicio de la facultad de revisión de los fallos de tutela, declara la existencia de una vía de hecho judicial con la correspondiente violación al derecho al debido proceso y ordena rehacer todo cuanto se practicó bajo la existencia del vicio, pero ese tema debe ser objeto de otro estudio mas detallado, por ahora sólo se presenta como un motivo de conflicto institucional.

disposición, estaría distorsionando el sentido del control constitucional. La norma sería excluida del ordenamiento con base en el cotejo de factores extraños al análisis jurídico, ecuánime y razonado sobre el alcance de aquélla frente a los postulados y mandatos establecidos en la Constitución, que es lo propio de la enunciada función, cuyo objeto radica, de manera específica, en preservar la integridad y supremacía constitucionales. Calificaría exclusivamente, por tanto, asuntos de pura conveniencia, reservados a la Rama Legislativa del Poder Público.¹⁰⁶

Además de las naturales críticas elevadas ante la Corte, por el sobredimensionamiento de su papel como guardián de la supremacía de la Constitución, -por considerar que la regulación del derecho penal no le compete- y bloquear los canales institucionales para formular la política criminal, -por ejemplo en aquella que se refiere al narcotráfico,- se ven inmiscuidos serios reparos de orden moral, pues, con sus sentencias ha trascendido del plano jurídico al subjetivo, determinando qué es lo que de acuerdo con la Constitución se ajusta al respeto de la moral pública, para lo cual la misma Corte admite que no escapa a ésta la posibilidad de que, “en una sociedad plural, la utilización de argumentos morales a favor de la constitucionalidad de una determinada norma legal puede originar atropellos inmensos en contra de la libertad de personas que, en ejercicio de su autonomía, no comparten los principios de la mayoría”.¹⁰⁷

Vale indicar que las dos materias citadas como mayores detonantes de conflictividad, entre la Corte y los demás órganos del poder público, no son en manera alguna las únicas, pues la Corte se ha caracterizado precisamente por cumplir a cabalidad el mandato de velar por la “integridad” y supremacía de toda la Constitución y, en ese sentido, ha tenido que abordar el estudio de variadas materias, relacionadas a su turno, con todos los entes encargados de su funcionamiento. Pero esencialmente debe recalcar que a pesar de que el superior cuestionamiento se genera ante el órgano legislativo y la invasión de sus funciones por parte del órgano constitucional, es a su turno la tensión más débil que existe, pues en forma mayoritaria, el Congreso es un profundo admirador de la labor de la Corte, por lo que se encuentra siempre presto a cumplir con las directrices de sus fallos.

¹⁰⁶ Ver sentencia C-103/97, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, 23 de enero de 1997.

¹⁰⁷ Sentencia C-333/98.

Para concluir, debe señalarse que aunque la Corte Constitucional colombiana, es enfática en negar su carácter de “legislador positivo”, ante el respeto de la libertad de configuración política del legislador, es innegable que cuando hace uso de la técnica de modulación de los efectos de sus fallos, definitivamente se concreta en tal. Es evidente que reconocer abiertamente que lo es, degeneraría indefectiblemente en pugnas institucionales mucho más airadas que las suscitadas hasta el momento. Pero obviamente una vez estudiada la jurisprudencia de la Corte se debe llegar al consenso de que una labor de tal entidad, necesariamente enmarca la sustitución del legislador para algunos precisos eventos, aunque la Corte se resiste a admitirlo con el argumento de que mediante la modulación de los efectos de sus fallos “en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4)”¹⁰⁸.

Lo que resulta curioso es que a pesar de negarlo, recurrentemente insiste en la necesidad de adoptar tal tipo de fallos y de anticiparse al legislador aplicando directamente la Constitución.¹⁰⁹ En todo caso, más allá de si la Corte encara la definición de su papel como lo

¹⁰⁸ Corte Constitucional Colombiana. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-109 de 1995 de 15 de marzo de 1995. Leginfo. CD-Rom.

¹⁰⁹ Por ejemplo en relación a los derechos de contenido económico, social o cultural la Corte ha dicho: “la intervención judicial en el caso de un derecho económico, social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En éstas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional. La solución opuesta –es decir la que supone la no intervención judicial- desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos (art. 2: “Son fines esenciales del estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados...”; art. 5 “El estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables...”; art. 13 inc. 2: “El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...”) y desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos, consagrada en el artículo 228. Pero quizás lo más grave de la solución que se comenta consiste en el desconocimiento del artículo cuarto de la Constitución, en el cual se afirma que “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”. Este artículo no solo plantea un asunto relacionado con la validez de las normas constitucionales, también prescribe una clara definición en cuanto a su efectividad. Con independencia de la función programática-finalista y de la función simbólica que sin duda ocupan un lugar importante en los preceptos sobre fines y valores, la Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría, supeditada a la voluntad legislativa”. Corte Constitucional. Sentencia T-406/92, M.P.: Ciro Angarita Barón. Bogotá. 5 de junio de 1992.

que es efectivamente, lo realmente importante son las consecuencias vinculantes que estos fallos generan en el ordenamiento jurídico y político.

2. CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

El artículo que autoriza el control abstracto de constitucionalidad en el Ecuador es el 276, el cual encomienda al Tribunal Constitucional, en su numeral 1, la labor de “conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma,¹¹⁰ que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos”.¹¹¹

Tal control, a diferencia del colombiano, es concentrado y orgánicamente autónomo de las demás ramas del poder público (art. 3 Ley de Control Constitucional¹¹²), porque lo radica en cabeza exclusiva del Tribunal Constitucional, siendo un órgano que no pertenece a la rama jurisdiccional como sí ocurre en Colombia. Es decir, que el Tribunal Constitucional Ecuatoriano se encuentra instituido en éste sentido por disposición constitucional, de manera similar a los tribunales constitucionales europeos, los cuales conservan un único órgano, separado del aparato judicial, encargado de realizar el control abstracto de constitucionalidad de toda la normativa infraconstitucional.

¹¹⁰ En Ecuador, el control constitucional de los actos normativos por la forma, es autorizado por el numeral 1 del art. 246, pero a diferencia del caso colombiano, los vicios generados en el procedimiento de formación de los mismos, no son convalidables o subsanables por el paso del tiempo –que en Colombia como se recordará es de 1 año-, sino que en cualquier momento y de forma imprescriptible puede demandarse un acto normativo por la forma.

¹¹¹ En materia de control constitucional, adicionalmente al ejercido sobre actos normativos, el art. 276 faculta al Tribunal Constitucional para “2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales. 4. Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes. 5. Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional”.

¹¹² Art. 3.- El Tribunal Constitucional como órgano supremo del control constitucional, es independiente de las demás funciones del Estado, goza de personería jurídica de derecho público, autonomía administrativa y presupuestaria, tiene su sede en la Capital de la República y su jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional.

La reglamentación de tal labor, se encuentra contemplada en la ley de control constitucional (Ley No. 000. Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997),¹¹³ mediante la cual se fija el alcance y procedimientos necesarios para adelantarlos. Así se establece como objeto del control constitucional “asegurar la eficacia de las normas constitucionales en especial de los derechos y garantías establecidos en favor de las personas, los cuales son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública”. (Art. 1).

En desarrollo de tal objeto, como ya se anotó, el Tribunal Constitucional Ecuatoriano es instituido como el órgano encargado de ejercerlo para lo cual debe conocer y resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad por el fondo o por la forma de actos normativos y actos administrativos, dictaminar las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente de la República a los proyectos de ley aprobados por el Congreso, y la constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales de forma previa.

A fin de establecer la tendencia de control constitucional practicada en el Ecuador, es válido analizar el alcance de las competencias asignadas por mandato constitucional al Tribunal, su legitimación para actuar y el grado de desarrollo propiamente jurisprudencial adelantado por éste desde su reciente creación.

2.1 ALCANCE DEL MANDATO CONSTITUCIONAL DE CONTROL CONSTITUCIONAL AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Como presupuesto general puede anotarse que Ecuador, de forma similar al caso colombiano, presenta formalmente como modelo de control constitucional el clásico kelseniano, pues le

¹¹³ Vale poner de presente la observación planteada por René de la Torre Alcivar cuando señala que: “el Tribunal cumple el control constitucional conforme con las competencias señaladas en la Constitución, singularmente con las que constan en el artículo 276 de la Ley Fundamental; pero también se ve obligado a recurrir a las disposiciones de la Ley del Control Constitucional que está en vigencia desde el 2 de julio de 1997, es decir, desde antes de que fuese promulgada la Constitución que nos rige. En consecuencia, varias disposiciones de esa Ley no guardan armonía con los textos constitucionales, situación que, a menudo, conlleva a crear confusiones”. Tribunal Constitucional. *Informe al H. Congreso Nacional 2000*. Quito. Registro oficial. 2000.

encomienda al Tribunal Constitucional la labor de conocer y resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad que le sean presentadas respecto de actos normativos y administrativos, para lo cual, “se entiende”, debe declarar la in/constitucionalidad llana de la normativa sometida a su control. De hecho, como veremos, ésta es la interpretación mayoritariamente acogida por los miembros del Tribunal Constitucional ecuatoriano, cuando con ocasión del ejercicio de tal control han determinado la in-constitucionalidad pura de las normas.

Ello, porque al interior de la Asamblea Constituyente, al definir el alcance que debía tener el mecanismo de control constitucional establecido como competencia del Tribunal Constitucional en el art. 12 de la Ley de Control Constitucional, no hubo consenso mayoritario a la propuesta de modificación del mismo, así que se decidió no modificarlo y ceñirse al modelo ya implementado en tal Ley, por lo que se determinó en el art. 276¹¹⁴ que la declaratoria seguiría siendo de in/constitucionalidad pura, una vez constatada la norma objeto de cuestionamiento con la Carta Fundamental.¹¹⁵ Adicionalmente, en el ejercicio práctico de

¹¹⁴ Resulta interesante recordar los antecedentes del art. 276 en el seno de la Asamblea Constituyente. Vicente Burneo Burneo hace un recuento detallado del mismo en los siguientes términos: El Tribunal Constitucional en Pleno, aprobó el texto de la reforma para aprobación de la Asamblea nacional y presentó el documento oficial ante el Presidente de la Asamblea, quien expresó sus reparos, por cuanto la Corte Suprema de Justicia le había manifestado que en su criterio el tribunal Constitucional interfería en las actividades propias de dicha función del Estado. El Presidente de la Comisión de Justicia y Control Constitucional de la Asamblea, Presidente de una Corte Superior en licencia, no recibió en comisión a los Vocales del tribunal designados para el efecto, entre tanto había concurrido, ante las autoridades de la Corte Suprema, para recibir sus instrucciones. Fue necesario para enderezar la cuestión, que se hicieran numerosas gestiones ante el pleno de la Asamblea a fin de que, fuera conocido el Proyecto presentado por el Tribunal Constitucional; más la Comisión de la Asamblea presentó para primera discusión un proyecto por el cual desaparecía el Tribunal Constitucional y se creaba una sala especializada en la Corte Suprema de Justicia, con la cual se regresaba en la Evolución del Control Constitucional más atrás del año 1978. Finalmente lo único que se logró de la Asamblea por la acción del Tribunal, es lo que podríamos denominar un empate técnico que consistió en que ni un proyecto ni el otro se aprobaran; pero no porque no haya tenido fuerza en la mayoría de los legisladores la tesis del Tribunal Constitucional, sino por falta de tiempo y la Asamblea llegó a estudiar hasta el capítulo inmediatamente anterior al capítulo del Tribunal Constitucional, en donde le llegó el 6 de junio de 1998, cerró la página y dejó como estaba, con algunas enmiendas propuestas por la Comisión de Redacción de la Asamblea. (...). A pesar de la advertencia del Tribunal, otra vez se vuelve a cometer el error de que en la Constitución se definen las funciones del Estado ecuatoriano y se omite el Tribunal Constitucional”. Burneo Burneo, Vicente. *El Tribunal Constitucional en la actual vida jurídica y política del país*. En: *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito: Tribunal Constitucional- Konrad Adenauer Stiftung. 1999. p. 68-69g

¹¹⁵ La Constitución ecuatoriana de 1998 en varias materias como el sistema electoral y el control constitucional no hizo modificación alguna, al parecer por falta de consenso entre los constituyentes y de tiempo suficiente para su debate. Hernán Salgado Pesantes hace unas duras aseveraciones al respecto: “no se haría ningún favor a los constituyentes, con decirles que nos dieron una “nueva” Constitución, porque cualquier ciudadano que compare los textos (el que existía hasta que vino la Asamblea y el posterior codificado) observaría que existe lo que con vergüenza denominamos plagio. (...) Las reformas de la Asamblea Nacional Constituyente fueron muy pequeñas en cuanto al Tribunal Constitucional.” Salgado Pesantes, Hernán. *A manera de prólogo*. En: *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito: Tribunal Constitucional- Konrad Adenauer Stiftung. 1999. p. 15

tal control, el sentido que ha seguido desentrañándose por el Tribunal Constitucional es concretado respetando la voluntad del constituyente.

Sin embargo, y ateniéndose al tenor literal del art. 276 de la C.P., cabe elaborar una interpretación que avala la posibilidad de ampliar la competencia funcional del Tribunal Constitucional, de forma similar a como se hiciera atrás cuando se trataba de la Corte Constitucional Colombiana. De esta forma es dable señalar que cuando el citado artículo establece como deber del Tribunal Constitucional Ecuatoriano “conocer y resolver” sobre las demandas de inconstitucionalidad, no está literalmente indicando que deba declarar exclusivamente alguna categoría entre constitucional o inconstitucional, sino que indica que debe conocer (es decir abocar el conocimiento del asunto) y resolver (tomar una determinación) en algún sentido sobre la constitucionalidad de la norma, lo cual no necesariamente significa adoptar cualquiera de las dos opciones posibles señaladas.

Adicionalmente vale destacar que la Ley de Control Constitucional permite posicionar un argumento que justificaría la práctica de una justicia constitucional activista, relacionado con el principio de supremacía constitucional, el cual se desprende del art. 2, que señala que “Carecen de valor las normas de menor jerarquía que se opongan a los preceptos constitucionales. Sin embargo, los derechos y garantías señalados en la Constitución no excluyen el que, mediante ley, tratados o convenios internacionales y las resoluciones del Tribunal Constitucional, se perfeccionen los reconocidos o incluyan cuantos fueren necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que deriva de la naturaleza de la persona”. Este se convierte en un elemento legitimador para sostener que el Tribunal Constitucional tiene la posibilidad de crear derecho a través de su labor propiamente jurisprudencial, por lo menos en cuanto se refiere al aseguramiento de la vigencia de los derechos humanos, con lo que se deja abierta la viabilidad de que éste, acudiendo al principio de supremacía

constitucional sostenga un discurso que adopte la modalidad de fallo que mejor se adecue a la necesidad de efectivizar los derechos consagrados en la Constitución Política.

Otros argumentos que permiten legitimar la práctica de una interpretación amplia por parte del Tribunal Constitucional, pueden sustraerse de un análisis sistemático de la Carta Fundamental Ecuatoriana, los cuales avalan en consecuencia la teoría que sustenta que la Constitución debe ser vista como un todo inescindible. Tales argumentos tienen que ver con el principio de supremacía constitucional consagrado en el art. 272, mediante el cual se entiende que “existe una jerarquía en el orden jurídico-estructural, según la cual, la Constitución y las normas constitucionales están en el vértice de la pirámide del ordenamiento político-jurídico, por constituir la Ley de Leyes, y ejercer el poder superior sobre todas las personas naturales y jurídicas que lo integran”¹¹⁶. Ello implica que tal supremacía asociada al principio de la fuerza normativa que se desprende del art. 1 inc 2 y 18 inc. 3 y el principio de eficacia directa derivado de éste último, bajo el presupuesto de un estado social de derecho, deben hacerse exigibles y formalmente reconocidos, para lo cual es inminente la necesidad de que exista un órgano que propenda porque tales principios y demás valores y derechos constitucionalmente consagrados cobren una vigencia efectiva logrando trascender del plano simplemente retórico al material.

Así el Tribunal Constitucional ecuatoriano ha señalado que “Las normas de la Constitución son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública, pero sólo el Tribunal Constitucional como órgano supremo del control constitucional, es el encargado jurisdiccionalmente de asegurar la eficacia de las mismas, en especial de los derechos y garantías establecidas a favor de las personas y de pronunciarse en última y definitiva instancia”.¹¹⁷

¹¹⁶ Tribunal Constitucional. Resolución 029-2000-TP, caso N. 558-99-TC. En: Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional. 2000. Registro oficial. P. 148

¹¹⁷ Ibid. p. 149

Debe eso sí advertirse que existe un limitante deslegitimador de un posible papel activista para el Tribunal Constitucional, consagrado en los art. 130 num. 4 y 284 de la Carta Política ecuatoriana, que consiste en que la interpretación de la Constitución con carácter generalmente obligatorio radica en cabeza del órgano legislativo, por lo cual la interpretación que realiza éste carece del efecto vinculante idóneo que permita un desarrollo de la labor jurisprudencial.¹¹⁸ En ese sentido, podría pensarse que la doctrina sentada por el alto tribunal puede ser eventualmente desconocida mediante una nueva interpretación que en esta ocasión realice el Congreso, lo cual deslegitima profundamente su labor, ya que al no ser su jurisprudencia el criterio último aplicable, su función de control constitucional queda desnaturalizada,¹¹⁹ lo cual no sucede en Colombia donde la Corte se erige como el guardián de la integridad y supremacía de la Carta para lo cual la interpreta con carácter obligatorio. Por eso el Dr. Marco Morales como presidente del Tribunal Constitucional señala en el Informe del 2001 al Congreso Nacional que, dado que la interpretación que realizan los órganos legislativos es de carácter coyuntural, de conveniencia o devenida en situaciones políticas, debería ser éste Tribunal Constitucional el que fuera reconocido como el interprete supremo de la Constitución.¹²⁰

¹¹⁸ “Lo que vale destacar es que la Asamblea, no haya comprendido algunos aspectos de la justicia constitucional tale como: que si se trata de resolver la inconstitucionalidad de una norma –igual respecto de las otras competencias- éste órgano está llamado a interpretar la Constitución de modo obligatorio, con mayor autoridad jurídica que el propio Congreso Nacional (en lo que tiene que ver con la Constitución). Op. Cit. Salgado Pesantes, Hernán. p. 16

¹¹⁹ Al respecto el Dr. Marco Morales señala que: “El Tribunal Constitucional realiza una interpretación jurídica de las disposiciones contenidas en el Código Político; pero, a diferencia de la que como magistraturas especializadas, realizan los tribunales o cortes constitucionales en los sistemas comparados, especialmente europeos, en el Ecuador la interpretación de preceptos constitucionales realizada en la resolución de las causas de su competencia por éste Tribunal no es definitiva, pues, en el evento que en forma posterior el Congreso realice una interpretación auténtica, se debería someter a la que haya realizado la Legislatura. Ello nos puede llevar a una grave contradicción: que el Congreso Nacional interprete de manera general y obligatoria un precepto constitucional desapegándose de la interpretación que, al efecto, haya realizado el Tribunal Constitucional, de manera previa”. Tribunal Constitucional. *Informe al H. Congreso Nacional 2001*. Quito: Registro oficial Editora Nacional. 2001. P. 99. En igual sentido, Oscar José Dueñas advierte que “en una primera lectura habría que entender que si la Constituyente le señaló al Parlamento la posibilidad de interpretar la Constitución, no asumió el costo político de la creación de los tribunales constitucionales consistente en darles a éstos el monopolio interpretativo de la Carta Fundamental. Pero en una segunda lectura podría pensarse, que de todas maneras la atribución interpretativa le corresponde especialmente al Tribunal Constitucional”. Esto porque según el principio de prevalencia de la Constitución y la potestad de ejercicio del control de constitucionalidad difuso en cabeza de todos los jueces consagrado en el art. 274. Dueñas Ruiz, Oscar José. *El papel del Tribunal Constitucional en el fortalecimiento de la democracia*. En: *Curso de Derecho Constitucional para comunicadores sociales*. Quito: CLD. 2001.

¹²⁰ Op. Cit. Tribunal Constitucional. 2001. P. 100. En el mismo sentido Jorge Zabala Egas, advierte que “a quien le corresponde controlar la verdadera soberanía del constituyente, lo dice la Constitución, es el Tribunal Constitucional y, tenemos que comprender y hacer conciencia en éste país que no hay soberanía del parlamento, que no hay soberanía del Congreso Nacional, que está limitado en su función normadora o legislativa y está limitado por el Tribunal Constitucional”. Zabala Egas, Jorge. Panel: *Los Tribunales Constitucionales y la crisis de la democracia en América Latina*. En: *Memorias de eventos de Derecho Constitucional*. Quito: CLD. 2001 p. 22

Por último, vale poner de presente otra posible limitación para ejercer un control de constitucionalidad amplio, pero ésta vez, solo relacionado con el control de actos administrativos, limitación que exegéticamente podría desprenderse del numeral 2 del art. 276 cuando señala que competirá al Tribunal Constitucional “conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública”. Esto, porque cuando indica que su tarea se circunscribe a revisar la inconstitucionalidad del acto sometido a su control, podría entenderse que única y exclusivamente debe limitarse a ver su inconstitucionalidad independientemente de cualquier otra consideración, mientras que el mandato del primer numeral relacionado con el control de actos normativos –entiéndase por estos, leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por órganos del poder público, los cuales se diferencian de los actos administrativos-, es un poco más amplio, pues en esta oportunidad requiere al Tribunal Constitucional para pronunciarse respecto de las demandas de inconstitucionalidad y no simplemente sobre la inconstitucionalidad. Curiosamente, en la ley de control constitucional no existe tal diferenciación, pues si se acude a la verificación del primer y segundo numeral de su art. 12 podrá observarse que ambos se refieren al conocimiento y resolución sobre las demandas de inconstitucionalidad propuestas contra actos normativos y administrativos.

2.2 LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO PARA EJERCER EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Además de los elementos legitimantes propios del establecimiento de la competencia entregada al Tribunal Constitucional por medio de la Carta Fundamental, acabados de señalar, debe examinarse el grado de legitimidad que se le concede por su creación y su conformación, legitimidad que le sirve para erigirse como el órgano máximo de la justicia constitucional.

En cuanto a su creación es necesario recordar que el Tribunal Constitucional ecuatoriano no fue creado con la Constitución Política de 1998 como eventualmente pudiera suponerse, pues ella simplemente convalidó su existencia. Este fue creado en el año 1996, mediante reforma constitucional (publicada en el Registro Oficial No. 863 de 16 de enero de 1996), para sustituir al Tribunal de Garantías Constitucionales que operaba en coordinación con la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a través de un control híbrido, lo cual se prestó para un número importante de contradicciones entre los dos órganos. “Es en 1996 cuando se perfecciona en el Ecuador la magistratura especializada de control de constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional, cuyas decisiones son de última y definitiva instancia, consolidándose en el Ecuador, de modo definitivo, el modelo concentrado del control de constitucionalidad”. De ésta forma se establece que tanto en su creación como en su ratificación el Tribunal Constitucional cuenta con la legitimidad propia de haber sido concebido por el poder constituyente.

De otro lado, en cuanto a su conformación se tiene que la designación y elección de sus miembros reviste un alto grado de legitimidad, porque de manera similar al caso colombiano, en tal proceso aparecen involucrados actores provenientes de las tres ramas del poder público (Presidente de la República, Corte Suprema de Justicia y Congreso Nacional), con un elemento democratizador adicional dado por la intervención de los alcaldes y prefectos provinciales, las centrales de trabajadores, organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional legalmente reconocidas y las Cámaras de la producción legalmente reconocidas (art. 275 C.P.). Adicionalmente, la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional suele entenderse como una nominación de carácter político, por realizarse a la par de las de carácter ejecutivo y legislativo.¹²¹

¹²¹ Ello es visto por Marco Morales como una situación “que no favorece la institucionalización de la jurisdicción constitucional”. Op. Cit. Tribunal Constitucional 2001, p. 82

Como puede advertirse el Tribunal Constitucional ecuatoriano se encuentra suficientemente legitimado para realizar el control de constitucionalidad, al amparo del reconocimiento constituyente y soberano que lo ha creado y conformado. Tal legitimidad le permite actuar como un legislador negativo cuando decide retirar del ordenamiento aquellas normas que son incompatibles con la Constitución, pero nada obsta para que tal legitimidad sea utilizada para justificar un papel más activista cercano a un legislador positivo.

Adicionalmente, son válidos algunos de los elementos legitimantes de orden material que se estudiaron para el caso colombiano como la responsabilidad sobre la vigencia y efectividad del estado social de derecho en cabeza del Tribunal, el respeto a los derechos fundamentales como núcleo axiológico y la Constitución como derecho justiciable. Así, el Tribunal Constitucional se encuentra en la obligación de lograr el respeto del máximo deber del Estado, que es asegurar la vigencia de los derechos fundamentales (art. 3, numeral 3 y 16 de la C.P.), lo cual es primordial dentro del estado social de derecho consagrado en el art. 1 de la Carta Fundamental. El Dr. Marco Morales señala al respecto:

El tribunal constitucional ejerce poder dentro del Estado y, en consecuencia, está llamado también a cumplir la finalidad del Estado en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, lo que se realiza no sólo a través de las garantías directas como es el amparo y el habeas data, sino con otras garantías indirectas como la declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos en caso de vulneración de derechos subjetivos de manera abstracta y concreta, respectivamente.¹²²

En todo caso, el Tribunal Constitucional ecuatoriano sólo admite su legitimidad para actuar como legislador negativo: “De modo general se habla que el Tribunal Constitucional opera como un legislador negativo, pues, al declarar la inconstitucionalidad de una norma la expulsa del ordenamiento jurídico positivo, lo que equivaldría a su derogatoria”, aclarando por supuesto la diferencia sustancial entre derogatoria y declaración de inconstitucionalidad.¹²³

¹²² Tribunal Constitucional 2001. Op cit. p 70

¹²³. Ibid. p.67.

2.3 TENDENCIA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

Como se ha venido señalando, el Tribunal Constitucional ecuatoriano en términos generales mantiene una línea conservadora y respetuosa del clásico modelo kelseniano como legislador negativo, salvo algunas escasas excepciones que evidencian alguna clase de inclinación hacia la tendencia de legislador positivo, evidenciado en una especie atenuada de resoluciones condicionadas, interpretativas y exhortativas.

Se señala que la tendencia es únicamente atenuada porque las sugerencias expresadas por el Tribunal son apenas perceptibles y sutiles, pues no constan en la parte resolutive como un imperativo, sino en su parte motiva, pudiendo catalogarse como simples recomendaciones, lo cual indica el profundo respeto por la libertad configuradora del legislador y el principio de división de poderes.

Son realmente pocos los fallos que han resultado controversiales, -pero que curiosamente han tratado temas relevantes para el manejo del país-, siendo importantes porque han logrado trascender a una conciencia de que los Tribunal Constitucional pueden llegar a tener un gran poder frente a la estabilidad institucional del estado, y de ésta manera se empiezan a perfilar como una necesidad ineludible dentro del contexto social por reivindicar una justicia más perfectible.

Lo propio sucedió a manera de ejemplo con la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana (Trole II)¹²⁴, donde se concreta una oportunidad histórica para el Tribunal Constitucional de fijar el alcance bajo el cual deberían ser entendidos algunos preceptos normativos, apareciendo como un fallo

¹²⁴ Resolución 193-2000-TP, casos 029-2000-TC y 033-2000-TC. En: Informe del Tribunal Constitucional 2000, al Congreso Nacional. Quito, Registro oficial. 2001

condicionado, pues supedita su permanencia dentro del ordenamiento jurídico a determinados presupuestos a los que alude en la parte motiva, aunque como se indicó no quedaron expresamente consagrados en el acápite resolutivo, por lo que podría cuestionarse el efecto vinculante de aquellos condicionamientos.

De forma semejante el Tribunal Constitucional ha proferido otros fallos muy polémicos de control abstracto de constitucionalidad que, si bien no pueden perfilarse como muestras concretas de una tendencia hacia el activismo judicial, si se constituyen en apreciables intentos por hacer justiciables los mandatos constitucionales. Entre ellos tenemos los ejercidos sobre la ley para las finanzas públicas, la ley de aduanas, el tratado aprobatorio de la base de Manta, la ley de transformación económica, por citar algunas¹²⁵.

2.3.1 Tipos de resoluciones proferidas por el Tribunal Constitucional ecuatoriano en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.

Conservando una metodología sistemática, es conveniente ensayar una clasificación de los tipos de resoluciones elaboradas por el Tribunal Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, sustentado por ejemplos tomados de sus resoluciones, antes que elaborar un estudio de muestreo casuístico que no revelaría sino una información parcializada sobre la materia estudiada. Para el efecto, resulta válido apropiarse la terminología de uso común utilizada en otras latitudes (derecho constitucional europeo y colombiano), por ser categorías suficientemente procesadas por la doctrina especializada. Sin embargo, debe aclararse que no todas ellas son posiblemente utilizables para el caso ecuatoriano, porque el margen de acción del Tribunal Constitucional de éste país respecto a otros tribunales mundiales y en particular del colombiano es mucho más reducido. Adicionalmente debe anotarse que la sistematización que se pretende presentar no tiene un contenido idéntico a la de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana, porque como se indicó

¹²⁵ Resoluciones 029-2000-TP caso 558-99-TC; 002-2000-TP; 012-2001-TP; 193-2000-TP; casos 029-2000-TC y 033-2000-TC, respectivamente En: Informe del Tribunal Constitucional 2000, al Congreso Nacional. Quito, Registro oficial. 2001.

atrás, las resoluciones que profiere el Tribunal Constitucional ecuatoriano, no incorporan mandatos en su parte resolutive, sino que se limitan a elaborar una suerte de “recomendaciones” en la parte motiva.

Una vez aclarado lo anterior, puede señalarse que en Ecuador existen dos categorías fundamentales de resoluciones con ocasión del control abstracto de constitucionalidad; las de in/constitucionalidad pura y las de constitucionalidad con modificación material. En éste punto, debe llamarse la atención en que de modo general no existen sentencias de in/constitucionalidad con modificación de su efecto en el tiempo por prohibición expresa constitucional, -más adelante volveremos sobre éste asunto-.

2.3.1.1 Resoluciones de in/constitucionalidad pura. Si se adoptara una posición formalmente rigurosa, podría afirmarse con fundamento que todas las resoluciones proferidas por el Tribunal Constitucional ecuatoriano son de éste tipo, pues evidentemente la tarea del Tribunal se ajusta en estricto sentido a conocer y resolver si un precepto legal sometido a la verificación de constitucionalidad es o no constitucional, sin ninguna otra anexidad, lo cual es nítido al examinar todos los fallos del tribunal, cuya parte resolutive suele ser del siguiente tenor: “declarar la inconstitucionalidad de (...)”,o “desechar la demanda de inconstitucionalidad de (...)”.

Precisamente, éste tipo de decisiones demuestra la franca timidez con que el Tribunal Constitucional ecuatoriano enfrenta la mayoría de los casos sometidos al control de constitucionalidad, de tal forma que muchos de ellos se han tornado polémicos ante la opinión pública y ámbitos especializados, no exactamente por caracterizarse por ser resoluciones de avanzada, sino por contener una posición restrictiva de su competencia.¹²⁶

¹²⁶ Ejemplos categóricos de lo anotado lo constituyen las siguientes resoluciones: 022-2000-TP en la cual el Tribunal Constitucional desecha la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el numeral 9 del art. 150 de la ley Orgánica de la Función Judicial considerando que no se viola el principio de igualdad cuando se prohíbe que ejerzan la profesión los abogados en contra de los cuales se hubiere dictado auto de llamamiento a juicio plenario o auto motivado, pues se exige especial probidad a estos profesionales, sin tener en cuenta que con ello en cambio se viola el principio de presunción de inocencia; 012-2001-TP sobre el Convenio entre el Gobierno de la república del Ecuador y el Gobierno de los Estados

Pero como de la revisión de algunas resoluciones, aparece nítidamente la existencia de sutiles diferencias entre aquellas que simplemente motivan la razón de declaración de la in/constitucionalidad, las cuales, valga la acotación, constituyen la regla general y las que además, señalan un particular sentido en que debe ser interpretada la norma –se insiste solamente dentro de la parte motiva-, es menester hacer la distinción del caso.

2.3.1.2 Resoluciones de constitucionalidad con modificación material. En Ecuador pueden descubrirse por lo menos tres clases de resoluciones, a las cuales es dable anteponerles el calificativo “semi” que indica una categoría media; por el hecho de no incorporar con carácter vinculante su doctrina a la parte resolutive de sus fallos; de esta forma se tendrían: las semi-condicionadas o semi-interpretativas y las semi-exhortativas. Adicionalmente puede establecerse una nueva categoría producto de la labor de control del Tribunal Constitucional ecuatoriano, que podrían tentativamente denominarse resoluciones concordantes.

2.3.1.2.1 Resoluciones semi-condicionadas o semi-interpretativas. En éste tipo de fallos el Tribunal declara en la parte resolutive del mismo, la constitucionalidad de la norma legal cuestionada, pero en la parte considerativa hace algún tipo de señalamiento respecto de cómo debe ser interpretada la norma para poder ser entendida como constitucional, es decir, condiciona su constitucionalidad a cierta interpretación que en sentir del Tribunal Constitucional se adecua al texto constitucional.

Unidos de América, concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos”, en donde el Tribunal Constitucional se sustrae de la importante labor de ejercer control previo sobre el mismo por una catalogación limitada del carácter del tratado, estableciendo que el mismo no es de materia territorial ni de alianza política o militar (art. 161). 007-2001TP por la cual se declara la constitucionalidad de la ley de transformación económica del Ecuador referida al uso del dólar en lugar del sucre como unidad monetaria, olvidando las consideraciones que precisamente se recogen en el salvamento de voto de los Dres. Marco Morales y Hernán Rivadeneira cuando señalan: “Intentar fundamentar la constitucionalidad de las normas impugnadas de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador en la materia, basándola en las mismas disposiciones de la Constitución, como son aquellas que se refieren a los principios de la organización y funcionamiento de la economía y a los objetivos permanentes de la economía y a los objetivos permanentes de la economía, establecidos en los artículos 242 y 243 del Código Político, implica el establecimiento de una interpretación constitucional absolutamente desencajada o asistemática del Texto Constitucional, pues priva de su vigencia efectiva, principalmente, a los artículos 261 y 264 de la Constitución en la forma señalada en este voto salvado. En definitiva, señalar que porque la Ley para la Transformación Económica del Ecuador hace referencia al sucre no ha desaparecido es ignorar la realidad de los hechos: por disposición de la ley impugnada el sucre ha desaparecido y ha perdido sus características como moneda”.

El ejemplo más claro de ello, ocurrió en la resolución que definió la in/constitucionalidad de algunas disposiciones de la ley Trole II (resolución 193-2000-TP, casos 029-2000-TC y 033-2000-TC). De ésta manera, cuando se pronuncia respecto del art. 3 señala: “el artículo 249 de la Constitución prevé la posibilidad de delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos, norma que además prohíbe que las condiciones contractuales se modifiquen unilateralmente por leyes u otras disposiciones, **por lo que este Tribunal no identifica inconstitucionalidad en la norma impugnada, haciendo presente que la delegación que se realice a empresas mixtas o privadas en la materia es sin perjuicio de que el Estado pueda asumir estas actividades en conformidad con lo previsto en los artículos citados precedentemente**”. (negrillas del Tribunal, subrayado propio). Como puede nítidamente comprobarse, el Tribunal Constitucional observa la constitucionalidad de la norma, pero condiciona la misma a que el precepto sea entendido teniendo en cuenta que la delegación realizada no le quita la competencia al estado para asumir las actividades delegadas.

Ejemplos como éste se siguen repitiendo a lo largo de toda la resolución; así pueden revisarse las argumentaciones hechas a los art. 25, 110, 157, 196. Sólo para reafirmar lo señalado, vale examinar la motivación para el art. 25 donde se señala: “Que, el artículo 25 de la ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, debe ser entendido en cuanto se refiere a transferencia de propiedad de bienes de dominio público, denominados bienes nacionales de uso público por el Código Civil, los mismos que son **inalienables, imprescriptibles e inembargables** de conformidad con las normas constitucionales y legales y la doctrina contemporánea del dominio público. Que, las características de los recursos no renovables del Estado, especialmente la inalienabilidad atribuida por el art. 247 del texto constitucional, implica que esos bienes están fuera del comercio que por prohibirlo expresamente la norma constitucional son absolutamente inalienables; por lo que al referirse la norma impugnada a la “*transferencia de propiedad de los bienes de las instituciones del Estado*”, debe entenderse exclusivamente como la transferencia de los **bienes fiscales** , esto

es los bienes patrimoniales de las instituciones del Estado sobre los que se ejerce derecho de propiedad, es decir, el derecho real en una cosa corporal para gozar y **disponer** de ella de conformidad a lo previsto en los artículos 618 y 623 inciso tercero del Código Civil”. (negrilla, subrayas simples y bastardilla del Tribunal, subrayas dobles fuera del texto).

2.3.1.2.2 Resoluciones semi-exhortativas. El Tribunal Constitucional en algunas oportunidades cuando realiza el control abstracto de constitucionalidad constata algunas falencias de la disposición sometida a su revisión, por lo que pone de presente tal situación en los considerandos de su fallo, a efectos de que el Parlamento en ejercicio de su tarea legislativa remedie tal vacío. No obstante, debe anotarse que a diferencia de lo que sucede con otros tribunales constitucionales en el mundo, el ecuatoriano suele hacerlo de una forma poco imperativa, y más bien a manera de sugerencia que como conminación a su realización en un término específico. Como se anota, el Tribunal Constitucional ecuatoriano pone en evidencia la situación irregular y llama al legislador a que lo remedie, lo cual en la generalidad de los casos realiza sólo en el acápite considerativo, más no en el resolutivo, en el cual evidentemente causaría un efecto vinculante respecto del legislativo.

En todo caso, debe resaltarse que dentro de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ésta práctica es más generalizada que aquella encaminada a condicionar la constitucionalidad de una norma a determinada interpretación. Muestra de ello son los recurrentes fallos que en éste sentido se han proferido por éste Tribunal. Un ejemplo representativo de ello se tiene en algunos exhortos realizados en las resoluciones 193-2000 (referente a la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, art. 45, 88, 189, 191), 002-2000-TP (sobre la Ley Orgánica de Aduanas, en el salvamento de voto), 088-2001 (atinente a la Ley Ordinaria que contiene el Código de Procedimiento Penal, art. 347).

A manera de ejemplo es dable presentar algunos de ellos; respecto del art.189 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana el Tribunal Constitucional señala: “el

inciso que dice “En ningún caso la pensión mensual de jubilación será mayor que el sueldo o salario medio del último año ni inferior a los salarios mínimos vitales, si solamente tiene derecho a la jubilación a cargo del empleador, o aun salario mínimo vital si es beneficiario de doble jubilación” es inconstitucional. Sin embargo, se exhorta al legislador que en atención al mandato contenido en el artículo 54, así como los numerales 3 y 20 del artículo 23 de la Constitución, se determine una pensión jubilar que dignifique la naturaleza humana del jubilado. En lo referente a la reforma de la tercera regla del mismo artículo 219, si bien la costumbre más generalizada, ha permitido que mediante convenio, se llegue a establecer un determinado monto que pueda suplir el pago mensual que en concepto de jubilación debe cancelar el patrono, práctica que en caso de conflicto no ha sido reconocida por le Corte Suprema de Justicia, por lo cual se exhorta al legislador en atención al mandato contenido en el artículo 54, asó como los numerales 3 y 20 del artículo 23 de la Constitución, norme la situación a favor de los trabajadores que se acojan al derecho de jubilación a fin de que ellos ya prestaron a la sociedad el contingente de su esfuerzo mientras su vitalidad se encontró en plena capacidad” (Subrayas no originales).

En cuanto al art. 191 de la misma ley el Tribunal Constitucional indicó: “Que, el artículo 191 de la demandada ley suprime el artículo 225 del Código del trabajo relativo a la obligación de celebrar contrato colectivo, eliminación ésta que no precautela el contenido del texto constitucional constante en el numeral 12 del artículo 35 de la Carta Magna. Ahora bien, en virtud de que mediante la ley en estudio se precede a suprimir este artículo, **el Tribunal no puede pronunciarse sobre una norma inexistente**, sin embargo, se exhorta al legislador para que en cumplimiento del antes citado mandato constitucional, proceda en derecho a restituir la norma derogada. (negrillas originales, subrayas fuera del texto).

En el pronunciamiento respecto del artículo 347 del nuevo Código de Procedimiento Penal, el Tribunal Constitucional señala: “En el caso de los delitos de acción privada, es de anotar que no se ha demandado la inconstitucionalidad del numeral 5 del artículo 343, el Tribunal como

legislador negativo, sólo puede exhortar al Congreso Nacional a que se respeten los pronunciamientos expedidos en esta materia por el Tribunal de Garantías Constitucionales y Tribunal Constitucional mediante resoluciones publicadas en los Registros Oficiales Nros. 412 de 6 de Abril de 1990 y 334 de 8 de 1998 y se expidan las normas que guarden conformidad con las citadas resoluciones” (subrayas propias).

Cabe resaltar que, en algunas otras oportunidades el Tribunal Constitucional se limita a constatar la falencia de un precepto legal, pero sin ningún tipo de exhorto al Congreso para que lo subsane, con lo cual solamente quedaría flotando la posibilidad de que de manera eventual el legislador lo regule, lo cual demuestra una posición tímida de éste, pues a más de constatar un vacío legal que él no se atreve a llenar por su reverencial respeto al modelo del legislador negativo, -el cual suele anteponer a su “primordial” labor de protector del ordenamiento superior-, no comunica al legislador un mandato para que subsane la anómala situación, sino que lo deja planteado en etéreos términos. Para ejemplificar esto es válido presentar la fundamentación al control del art. 45 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana: “Que, el tercer artículo innumerado mediante el cual se establece la distribución de los ingresos provenientes del pago de patentes de conservación **no atenta a derecho ni norma constitucional.** En todo caso, el Tribunal Constitucional manifiesta que no se han determinado los porcentajes o montos que se destinarán a las Direcciones Nacionales de Minería y Geología, así como los Sistemas de Administración e Información Mineras, de tal forma que no se especifica cuál es el excedente que debe ser redistribuido a favor de las demás entidades beneficiadas por esta disposición legal”. (negrillas del Tribunal Constitucional, subrayas no originales). Como puede analizarse con una declaración de éste tenor, el Tribunal Constitucional únicamente señala que existe una falencia, pero no hace nada por remediarlo, ni señala que el legislador debe regular tales montos y porcentajes, ni mucho menos los fija éste, así que toma una actitud extremadamente tolerante a vacíos normativos que posteriormente pueden degenerar en inconstitucionalidades protuberantes.

2.3.1.2.3 Resoluciones concordantes. Este tipo de resoluciones puede verse como una derivación de las semi-condicionadas a las que se hizo referencia atrás, porque en ellas el Tribunal Constitucional señala para establecer la constitucionalidad de una disposición sometida a su control, como interpretación autorizada, aquella que se haga en concordancia con algún otro precepto legal. Es decir, que condiciona la supervivencia de la norma a que sea interpretada conforme se desprenda de otra normativa.

Así en la resolución 088-2000-TP, caso 013-2000-TC, determina que “en el caso del artículo 151 debe a su vez ser examinado en concordancia con el artículo 150 del mismo Código” (se refiere al Código de Procedimiento Penal). En igual sentido respecto de los artículos 198, 199 y 200 establece: “el examen de estos artículos debe hacerse en concordancia con lo previsto por los artículos 194 y 195, que expresamente facultan a que se hagan allanamientos solo previa autorización de un Juez”. De forma similar y para resumir se hace lo propio con los art. 250 que es concordado con el 252, el 79 y 83 concordados con el 80, el 143 y 295 en concordancia con el 218 y el 215 con el 59, 218 e inciso final del 70.

2.3.2 Efecto de las resoluciones del Tribunal Constitucional en el control abstracto de constitucionalidad

Lo primero que debe señalarse es que según el artículo 276 numeral 1 de la Constitución Política, la declaración de inconstitucionalidad de un acto normativo, implica la suspensión total o parcial de sus efectos. Si nos atenemos al tenor literal de la norma, se tiene que la declaración de suspensión, conllevaría que la norma impugnada, continúe existiendo dentro del ordenamiento jurídico, y que sólo se suspenda la aplicación de la misma, bajo determinadas circunstancias, lo cual evidencia una inadecuada técnica constituyente, porque el efecto que confiere la normativa constitucional no es el propio de una declaración de inconstitucionalidad, el cual precisamente es la expulsión definitiva del precepto viciado del ordenamiento jurídico y, no sólo su suspensión como se consagra en el precepto cuestionado, con lo cual se tiene que el constituyente se equivocó al redactar tal precepto, quizá como

rezago del control constitucional que se venía ejerciendo en el Ecuador, cuando el Tribunal de Garantías Constitucionales sólo suspendía los efectos de la norma sometida a su control, hasta que el Congreso y después la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia emitieran la decisión definitiva.¹²⁷

En cambio respecto de los actos administrativos el art. 276 numeral 2 es claro en indicar que “la declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto”, con lo cual efectivamente se expulsa el acto de la vida jurídica, pues la revocatoria implica la anulabilidad del precepto.

En éste punto deben revisarse tanto el efecto jurídico de las resoluciones en el tiempo, como su capacidad vinculante frente a los demás órganos del poder público y todas las personas en general.

Respecto del primer punto, como suscitadamente se señaló atrás, en principio, en Ecuador no existe la posibilidad de modular los efectos de los fallos en el tiempo por parte del Tribunal Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. De ésta forma queda proscrita la viabilidad de que éste imprima a sus decisiones efectos retro o prospectivos. Ello implica que una vez proferida y publicada una resolución en el Registro Oficial que recaiga sobre actos normativos o administrativos sus efectos serán única y exclusivamente hacia el futuro (ex-nunc), por la prohibición constitucional de conceder efectos retroactivos a los mismos consagrado en el art. 278 (sin embargo, ya veremos las inconsistencias en que incurre el Tribunal respecto a los efectos retroactivos de sus resoluciones, especialmente respecto de actos administrativos).

¹²⁷ Marco Morales advierte tal situación y señala prudente su adecuación en una reforma constitucional. “Los efectos de la suspensión son distintos de los de la anulación, pues la primera no priva de vigencia al precepto inconstitucional, a diferencia de la anulación que declara su invalidez jurídica”. Op. Cit. Tribunal Constitucional 2001. P. 87

No hay mejor forma de aclarar ésta cuestión que remitirse al inciso 1 del art. 278 superior que señala: “La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada por el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaración no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno”. Como puede diáfamanamente colegirse de la disposición transcrita, en Ecuador no existe la posibilidad de declarar efectos retroactivos respecto de las resoluciones tomadas, lo cual como pudo analizarse con el caso colombiano, en eventuales hipótesis resulta absolutamente necesario de acuerdo con el espíritu que propende por la efectivización de los derechos fundamentales y los fines del estado social de derecho; y mucho menos se contempla la posibilidad de conceder efectos prospectivos tendientes a regular en el futuro el momento en que dejarán de ser constitucionales las normas sometidas a control.

Esta se constituye en una limitación práctica de amplio alcance, pues coarta la labor del Tribunal Constitucional para ajustar la normativa infraconstitucional al ordenamiento constitucional de una forma compatible a la realización de una justicia material. Esto porque en tratándose de la imposibilidad de conceder efecto retroactivo a las decisiones del Tribunal Constitucional, las situaciones consolidadas antes de la declaración de inconstitucionalidad y que afectan intereses y derechos subjetivos permanecen inmutables ante tal constatación, lo cual genera la lógica pregunta de ¿donde queda el sentido de justicia y la labor del Tribunal Constitucional como protector de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional, si se evidencia la inconstitucionalidad de una norma que afectó derechos subjetivos y no hay posibilidad de remediarlo?. Es difícil pensar en que aún conociendo la generación de injusticia que una norma legal pudo traer a la sociedad, no haya aparentemente ninguna solución práctica posible. Tal cuestionamiento ha sido recurrentemente generado en otros países, cuyos tribunales constitucionales han decidido dirimir el conflicto en favor de quienes han resultado perjudicados durante la vigencia de una norma que sólo ahora es declarada inconstitucional, aún en detrimento del principio de seguridad jurídica. Se conoce que la

limitante referida suele introducirse en las cartas constitucionales como mecanismo de defensa del principio de seguridad jurídica, el cual se antepone a otros valores de orden también superior.

Apoyado en la prohibición constitucional citada, el Tribunal Constitucional ecuatoriano ha proferido recurrentes resoluciones, sobre actos normativos (lo atinente a actos administrativos se revisará en seguida) donde hace manifiesta la imposibilidad de conceder efectos retroactivos a su decisión, por lo que, en el evento de encontrar la inconstitucionalidad de la norma sometida a su control, se declara así y suspende los efectos de la misma a partir de la publicación en el Registro Oficial.¹²⁸

Por citar algunos ejemplos, puede verse la resolución 034-2000-TP, caso 853-98-TC donde se demanda el literal a) del art. 6 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo que contemplaba una inhabilidad definitiva para acceder al cargo de defensor cuando éste halla sido condenado en sentencia ejecutoriada a pena privativa de la libertad por delitos dolosos, declarándose su inconstitucionalidad fundamentado en el principio de igualdad. Lo pertinente aquí es resaltar que dentro de los considerandos referido a las situaciones consolidadas que hayan tenido que soportar tal inconstitucionalidad, no se prevé solución alguna, por lo que el principio de irretroactividad gozaría de un orden superior al de favorabilidad. Así señala: “Que, la inconstitucionalidad como es de rigor, debe resolverse haciendo abstracción de nombres y personas, porque de lo que se trata es de saber si de hoy y para el futuro existe o no la inconstitucionalidad, que no puede influir en lo que haya sucedido en el pasado, en cualquier enjuiciamiento existente y, desde luego, la validez de lo que se resuelva no será para beneficio personal de un determinado sujeto, sino en bien del correcto ordenamiento jurídico del país. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 278 de la Constitución Política de la

¹²⁸ El Dr. Marco Morales al respecto expresa: “por disposición de la misma Constitución, la anulación de un precepto inconstitucional, previa la correspondiente declaratoria de este Tribunal, no tiene efecto retroactivo, lo que se fundamenta en el principio de seguridad jurídica, pues, en caso contrario, correspondería la revisión de todos los actos que emanaron de la aplicación del precepto irregular”. Tribunal Constitucional 2001. Op. Cit. p.87

República, las declaratorias de inconstitucionalidad no tienen efecto retroactivo y, en tal sentido, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 22¹²⁹ de la Ley del Control Constitucional”.¹³⁰

A pesar de la radical tendencia del Tribunal Constitucional ecuatoriano a impedir la declaración de efectos retroactivos respecto de sus resoluciones, la cual se avala como ya se ha anotado por la prohibición constitucional del art. 278, es pertinente traer a colación la inconsistencia encontrada en la resolución 140-2000-TP caso 118-98-TC donde se prevé la retroactividad de dos resoluciones proferidas anteriormente por el Tribunal (118-98-TC y 079-197) donde se decidía la inconstitucionalidad del decreto ejecutivo que disponía la baja de un teniente coronel y, la obligación para la Institución Policial de proceder sin dilatoria alguna a reconocer a éste los derechos constitucionales emanados de la declaratoria de inconstitucionalidad. Así termina por establecer que “la irretroactividad de la resolución jamás debe ser interpretada para conculcar los derechos del perjudicado que emana de la misma, pues ello significaría cohonestar la injusticia cometida”.

Como puede observarse, ésta resolución es abiertamente contradictoria a la tendencia que impide derivar efectos retroactivos a las resoluciones, pues en casos similares (resolución 168-2000, caso 530-99-TC)¹³¹ el Tribunal Constitucional ha sido terminante en afirmar que a pesar de constatarse la inconstitucionalidad no es posible retrotraer los efectos de la misma y subsanar las situaciones irregulares que haya podido generar. Sin embargo, debe rescatarse la posición del Tribunal Constitucional en aquella resolución donde por una vez parece ver el importantísimo papel que tiene como garante de los derechos constitucionalmente

¹²⁹ El art. 22 de la Ley de Control Constitucional expresa lo siguiente: Las disposiciones de ley, decreto-ley, decreto, ordenanza o reglamento materia de la demanda, que el Tribunal las declare inconstitucionales, cesarán en su vigencia y desde que tal resolución se publique en el Registro Oficial, no podrán ser invocadas ni aplicadas por juez o autoridad alguna. Dicha resolución, no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas y antes de la declaratoria de su inconstitucionalidad.

¹³⁰ Ver también: resoluciones 029-2000-TP caso 558-99-TC,

¹³¹ En ésta resolución el Tribunal Constitucional señala: “Que, el Tribunal Constitucional siempre ha considerado que sus Resoluciones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 278 de la carta Fundamental no tienen efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno y, en tal sentido, el accionante no puede ser reintegrado a las Fuerzas Armadas, precisando de este modo el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad”.

consagrados y decide aplicar un criterio liberal de justicia, por encima del anquilosamiento que genera cumplir con los formalismos que respetan el principio de seguridad jurídica. No sobra cuestionar la posición del Dr. Rene de la Torre Alcivar, quien salvara el voto en la resolución discutida por considerar que no es posible conceder efectos retroactivos a la decisión tomada y señala como mecanismo reparador el acudir a jueces competentes para que hagan valer la resolución del Tribunal Constitucional; cabe en consecuencia, preguntarse dónde queda el poder vinculante de éste para hacer valer sus decisiones?.

La contradicción percibida anteriormente respecto de actos normativos vuelve a presentarse ésta vez respecto del control de actos administrativos, encontrándose que el Tribunal Constitucional no es coherente con su doctrina, generando situaciones de desigualdad para casos iguales, lo cual evidentemente genera una sensación de inseguridad jurídica manifiesta. Mas, ello goza de cierta justificación, pues desde la misma Carta Fundamental se genera una seria incertidumbre sobre si efectivamente las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional que recaen sobre actos administrativos pueden o no tener efectos retroactivos. Esto, porque en principio, existe la prohibición general aludida atrás del art. 278 y del art. 26 de la Ley de Control Constitucional¹³², que impide respectivamente la concesión de efectos retroactivos a los fallos proferidos por el Tribunal y la imposibilidad de afectar las situaciones jurídicas firmes creadas, al amparo del acto administrativo, antes de su revocatoria; pero en cambio, en el art. 276 numeral 2, existe una discutible autorización implícita para que con ocasión de la revocatoria del acto, ordene que los órganos administrativos que expidieron el acto administrativo irregular adopten las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales, con lo que, indiscutiblemente, se estaría concediendo un efecto retroactivo. Cabe cuestionarse entonces, cuál de los preceptos, -teniendo el mismo rango constitucional- es el aplicable?.

¹³² El Art. 26 señala: La resolución del Tribunal que declare la inconstitucionalidad del acto administrativo, una vez que se publique en el Registro Oficial, conlleva la extinción del mismo, en consecuencia no podrá ser invocado o aplicado en el futuro. Dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas firmes creadas, al amparo de dicho acto administrativo, antes de su revocatoria.

Según el informe rendido por el Dr. Marco Morales como presidente del Tribunal Constitucional, al Congreso en el año 2001, “al igual que la declaratoria de inconstitucionalidad de acto normativo, la revocatoria implica la expulsión del acto del mundo jurídico, no siendo estos vicios convalidables, pero tiene efecto retroactivo, a diferencia de la señalada en el artículo 278 del Código Político, pues el acto revocado, y anulado por causa de inconstitucionalidad, nunca debió producir efectos”. Para el efecto, ésta posición parece más válida que aquella que niega la posibilidad de retroactividad a la declaración de inconstitucionalidad de actos administrativos, esencialmente porque por la naturaleza del acto –administrativo y particular-, en el campo del derecho público administrativo, se prevé que cuando un acto se encuentra viciado de alguna irregularidad, su sanción es la declaración de nulidad y restablecimiento del derecho conculcado, con lo cual se entiende que el acto jurídico ilegal o ilegítimo nunca existió, debiendo repararse los daños causados durante la “vigencia” del mismo al particular que demanda su ilegalidad.

Para poner en evidencia las diferencias de criterio que al respecto existen en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, se presentan algunos ejemplos: en resolución 074-2000-TP caso 148-99-AA se advierte a los ministros de la Corte de Justicia de Guayaquil que deben cumplir con la resolución 019-2000-TP en la que se declaró la inconstitucionalidad y la revocatoria del acto administrativo que destituyó a un juez, de conformidad con el art. 26 de la Ley de Control Constitucional. Curiosamente lo que el Tribunal Constitucional desea es que se reintegre al juez a su cargo, pero la limitación del art. 26 no permite que éste lo haga explícito. En todo caso, si se revisa el salvamento de voto del Dr. Rene de la Torre Alcivar, se puede observar cuál es el sentido de la decisión mayoritaria del Tribunal, salvamento donde a pesar de constatar la inconstitucionalidad del acto administrativo y la afectación del demandante, ante la prohibición del art. 26 de la LCC, propone como solución el pago de una indemnización.

Ello es más claro en la resolución 308-AA-00-I.S., caso 1153-99-AA en la cual se resuelve: “1. Declarar la inconstitucionalidad del acto administrativo dictado por la H. Corte Superior del Tena, el 8 de mayo de 1997, mediante el cual fue removido de sus funciones el Lic. José Miguel Torres. 2. Que, el caso se enmarca en lo que dispone el artículo 276, numeral 2 de la Constitución de la República, por lo cual la declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto administrativo impugnado volviendo las cosas a su estado anterior, esto es que el Lic. José Miguel Torres, sigue siendo secretario titular de lo Civil de la Joya de los Sachas”. Como puede observarse esta resolución se encuentra en franca contradicción con el art. 26 de la Ley de Control Constitucional que señala que los efectos de la revocatoria son hacia el futuro, sin embargo aquí, los efectos se han generado hacia el pasado, concediendo el efecto propio de una revocatoria.

Por otra parte, vale acotar que nada se dijo en el texto constitucional ecuatoriano sobre la posibilidad de implementar efectos prospectivos respecto de las resoluciones del Tribunal Constitucional con ocasión del control abstracto de constitucionalidad, por lo cual se puede concluir que nada impediría que éste asumiera tal modalidad de fallo, pero dada la posición restrictiva generada por éste en sus decisiones, no se avisa la voluntad jurisdiccional de adoptar tal posibilidad. Sin embargo, no constituye un exceso señalar que por lo menos ésta modalidad de fallo debería ser adoptada por Ecuador, ya que no se encuentra expresamente prohibido, además de estar muy acorde con la tendencia del legislador negativo, pues a través de ella el Tribunal Constitucional concede un término que considera discrecionalmente prudente para que el legislador se encargue de regular la situación fáctica que se encuentra desprovista de regulación, respetando el principio de libertad de configuración del legislador y sólo ante su inoperancia, el Tribunal Constitucional para solucionar el vacío normativo que puede generar una inconstitucionalidad, entra a regular la materia.

Por último, respecto al efecto vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional frente a los demás órganos del poder público y todas las personas en general, debe indicarse que en

principio ellas deberían ser formal y materialmente acatadas por todos, por proceder del órgano supremo encargado de velar por la vigencia del régimen constitucional, al amparo del inc. 2 del art. 278 que señala: “Si transcurridos treinta días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley”. Sin embargo, a más de la declaración simplemente nominal realizada por el Tribunal Constitucional en el sentido de que deben ser cumplidas sus decisiones, no existe un mecanismo jurídico efectivo a través del cual éste pueda coaccionar su acatamiento.¹³³

Adicionalmente, existe otro elemento que merma fuerza vinculante a los fallos del Tribunal Constitucional (los cuales en estricto sentido no tendrían carácter jurisdiccional por tratarse de resoluciones y no sentencias) constituido por la limitación constitucional consagrada en los art. 130 y 280 respecto de la interpretación obligatoria en cabeza del Congreso y no del Tribunal Constitucional, la cual deslegitima de cierta manera aquello que es decidido por éste último en sus resoluciones.

En todo caso, el Tribunal Constitucional suele recurrir al exhorto respecto de órganos públicos y privados para que cumplan sus decisiones. Un ejemplo significativo de ello ocurre en la resolución 016-2000-TP, caso 249-99-TC, donde resuelve “exhortar a los personeros de los bancos privados operativos o abiertos su obligación de cumplir con la resolución del Tribunal Constitucionale, en cuanto a devolver las acreencias de sus clientes, pues, en caso contrario, los acreedores están facultados para requerir legalmente su cumplimiento”. Esta posición es criticada en el salvamento de voto del Dr. Carlos Helou, a la resolución traída a colación, por considerar que el Tribunal Constitucional no es competente para hacer tales exhortos.

¹³³ Ello es resaltado por el Tribunal Constitucional en resolución 086-2000-TC caso 249-99-TC en los siguientes términos: “Que conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 278 de la Constitución Política, este tribunal está facultado para vigilar el cumplimiento de sus resoluciones, una vez transcurrido el plazo allí determinado; que, el Tribunal no cuenta con la norma legal respectiva para sancionar de manera directa a los responsables del incumplimiento de sus resoluciones, como le faculta la citada disposición constitucional, por cuyo motivo ha acudido al Ministerio Público”

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en el acápite considerativo de sus resoluciones suele hacer ciertas advertencias a los órganos del poder público precisando el alcance de las normas constitucionales a fin de que sean respetadas acatando tal sentido, lo cual resulta absolutamente relevante porque trata de someter a todos estos órganos a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, la cual no busca más que garantizar la supremacía de la misma y su respeto efectivo.¹³⁴

2.4 CONSIDERACIONES FINALES

Tal como se ha venido sosteniendo, el Tribunal Constitucional ecuatoriano conserva una línea moderada de control constitucional, salvo esporádicos casos donde pareciera que éste intenta imprimir un alcance teleológico y político a sus decisiones; no obstante, el recurrente argumento que señala que sus fallos no pueden tener una connotación política o de conveniencia.¹³⁵

Es relevante destacar que en eventuales oportunidades, el Tribunal Constitucional antes que acudir a criterios formalistas que pueden tornar nugatoria la acción de inconstitucionalidad ha decidido cumplir con su tarea de garante de la Carta Política, procediendo a conocer de inconstitucionalidades de oficio, situación que no se encuentra contemplada por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pudiendo catalogarse posiblemente como una extralimitación de funciones, pero que por su contenido legitimador- protección de la supremacía constitucional- encuentra plena justificación.¹³⁶ Aunque su posición al respecto

¹³⁴ En resolución 037-2000-TP caso 619-99-TC, el Tribunal Constitucional advierte respecto a una posición cuestionable del Presidente de la República (que señala que dado que se encuentra autorizado constitucionalmente para hacer uso de facultades extraordinarias en estado de excepción y apreciar si existe o no grave conmoción interior, entonces “jamás puede haber vicios de inconstitucionalidad de un acto que surge del ejercicio de facultades previstas en la Constitución”), que a diferencia de lo que él recursivamente señalaba, “su actuación debe estar siempre ceñida estrictamente al marco previsto en los artículos 180 y 181 de la Constitución Política de la República y en las normas de seguridad nacional”.

¹³⁵ Vale traer a colación la posición del Dr. Marco Morales en el Informe al Congreso del año 2001 donde señala al respecto: “los fallos del Tribunal Constitucional se remiten, de manera exclusiva, a determinar la inconstitucionalidad o no de los preceptos normativos impugnados, mas no de su conveniencia o inconveniencia. La conveniencia de un acto normativo no puede ser óbice para declarar una eventual inconstitucionalidad que se presenta, pues esta Magistratura conforma un Tribunal de Derecho y de protección al texto constitucional”. Tribunal Constitucional. Op. Cit. p. 109.

¹³⁶ Para el efecto ver resolución 076-2000-TP caso 902-99-TC.

no es unísona sino más bien ambivalente, porque en algunas otras oportunidades en cambio se ha negado a conocer más allá de lo que específicamente ha sido sometido a su control.¹³⁷

En el caso colombiano, en cambio, inclusive existe la posibilidad de recurrir a la *proposición jurídica completa*, mediante la cual, el juez de constitucionalidad si en el examen del caso sometido a su conocimiento, en virtud del principio de unidad normativa, encuentra la existencia de otras normas que no fueron demandadas, pero que son igualmente inconstitucionales, son revisadas a fin de declararlo así, siempre y cuando sea necesario por la estrecha relación entre las normas que se pretende declarar inconstitucionales.¹³⁸

Por otra parte, debe anotarse que a pesar de que en eventuales oportunidades el Tribunal suele llamar a la aplicación de un criterio liberal y práctico en la interpretación constitucional,¹³⁹ señalando varios principios interpretativos posibles (como el de unidad de la Constitución, la concordancia práctica, la eficacia integradora de la Constitución y la fuerza normativa de la Constitución),¹⁴⁰ no constituye la regla general, sino que prevalece una tendencia restrictiva y de respeto reverencial hacia el modelo tradicional kelseniano, aún identificando su insuficiencia. Lo propio sucede respecto de la restricción que se ha impuesto el Tribunal Constitucional ecuatoriano respecto del control de constitucionalidad de normas que han sido derogadas por el legislador, cuya derogación constituye la generación de una inconstitucionalidad. En estos eventos el Tribunal Constitucional ha establecido que aún constatando que la supresión de algunos preceptos genera una situación de

¹³⁷ Ver resolución 209-2001-TP que analizó el proyecto de ley de Seguridad Social, donde no se analizó el proyecto completo.

¹³⁸ “La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada en el sentido de que, cuando entre dos o más preceptos existe unidad normativa, aunque se encuentren incluidos en leyes o estatutos diferentes, la inconstitucionalidad de uno de ellos implica la de los demás, motivo suficiente para que esta corporación, en ejercicio de su función de control, en defensa de la integridad y supremacía de la Carta Política, tenga la facultad de declarar la inexequibilidad del conjunto de normas, aunque de ellas no hayan sido demandadas...” Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-344/95. M.P. José Gregorio Hernández. Bogotá 1995

¹³⁹ En resolución 066-2001-TP caso 026-2000-TC al respecto se determina: “Que, la Constitución debe ser analizada, interpretada y aplicada como un todo armónico y orgánico, teniendo como objetivo garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y sus garantías y entre estos los económicos, sociales y culturales. La Constitución tiene como sentido finalista el garantizar la libertad y la dignidad humana y ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico”. (subrayas propias).

¹⁴⁰ Principios de interpretación propuestos por Konrad Heese y recogidos por éste Tribunal Constitucional, en resoluciones tales como: 007-2001-TP caso 021-2000-TC, 024-99/TP caso 867-98-TC.

inconstitucionalidad, ello no puede ser declarado así por no tener competencia frente a tal evento.¹⁴¹

Otro punto que resulta cuestionable respecto de la labor del Tribunal Constitucional ecuatoriano en el ejercicio de control de constitucionalidad, es la insuficiencia, o en el peor de los casos ausencia de motivación de sus decisiones,¹⁴² lo cual bajo cualquier punto de vista es absolutamente censurable,¹⁴³ pues es un principio general de derecho el que cualquier tipo de resolución adoptada por un órgano del poder público debe estar adecuadamente motivada, porque de lo contrario se estaría violentando el fundamental derecho y garantía del debido proceso (Art. 24, # 13 de la C.P.),¹⁴⁴ además que tratándose de la altísima responsabilidad que implica la declaratoria de in/constitucionalidad de una norma, tal decisión requiere de un especial sentido de cuidado y fundamentación.¹⁴⁵

¹⁴¹ En la resolución 193-2000-TP cuando se pronuncia respecto de la demanda contra el art. 52 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente: “Que. El artículo 52 de la Ley impugnada deroga expresamente 31 artículos de la Ley de Minería y dispone que no serán aplicables las leyes o decretos que de cualquier manera contravinieran los preceptos de esta ley. No corresponde al Tribunal presentarse respecto de la figura de derogaciones o supresiones. Ello no obstante, el Tribunal Constitucional no puede dejar de observar que de los artículos derogados constantes en el artículo 52 impugnado se advierte que la supresión de varios de ellos, en especial la supresión de los artículos 87 y 9, 10, 169 y 175, provoca situaciones que se encontrarían en contradicción con determinados preceptos constitucionales como los que dicen relación con la seguridad nacional contenida en el artículo 15 de la Carta Fundamental y la protección del medio ambiente consagrada en los artículos 86 y siguientes de la Constitución, por lo que con estas derogatorias no se está garantizando la supremacía constitucional” (Subrayas fuera del texto). La tesis contraria en cambio es sostenida por el Dr. René de la Torre Alcívar en su salvamento de voto propuesto a la resolución del Tribunal por lo que señala que “la derogatoria efectuada mediante la impugnada ley deviene en inconstitucional”

¹⁴² Ejemplos significativos de ello se encuentran en la resolución 193-2000-TP que controló algunas disposiciones de la Ley para la Promoción y la Participación Ciudadana. Resulta insuficiente la motivación cuando por ejemplo, el Tribunal Constitucional para sustentar la constitucionalidad por la forma de la Ley, señala que aunque todas las reformas que contiene tal proyecto hacen referencia a materias diferentes, -lo cual no es permitido constitucionalmente-, todas se relacionan con un aspecto económico, pero sin ninguna justificación aparente. Y ejemplos de ausencia absoluta de motivación respecto de la constitucionalidad de las siguientes normas de la misma ley: art. 72, 73, 74, 75, 77, 81, 89, 90, 91, 94, 183, en los cuales no se hace referencia alguna de por qué se considera constitucional el precepto, sino que simple y llanamente se hace tal declaración. Ver también resolución 029-2000-TP caso 558-99-TC en la parte atinente a la constitucionalidad de los literales b) y c) del art. 51 de la ley para la Reforma de las Finanzas Públicas.

¹⁴³ Tal situación es verificada por Hernán Pérez Loose cuando describe que: “Abundan los fallos declarando inconstitucional tal o cual ley sin que jamás se explique las razones para llegar a semejante conclusión. Cuando se han dado razones son de una debilidad jurídica notable. En repetidas ocasiones se ha llegado a declarar inconstitucional normas legales por considerarlas inconvenientes o porque podrían llegar a ser inconvenientes. Y en lo que podríamos calificar de un extremo se ha llegado a la misma conclusión simplemente porque (sic) la ley cuestionada estaría en contraposición, no con la Constitución, sino con otras leyes”. Pérez Loose, Hernán. *Inconstitucionalidad de leyes*. En: *Guía de Litigio Constitucional*. Quito: CLD- Konrad Adenauer Stiftung. 2001 p. 211

¹⁴⁴ “En el Estado Social de Derecho, el sistema de protección no sólo rechaza la vulneración de derechos fundamentales proveniente de actos ilegales sino también arbitrarios, es decir aquellos en que el Estado actúa por mero capricho o simple deseo, o sin fundamentar sus actuaciones, hecho que se encuentra reconocido en nuestra Carta Fundamental, en su artículo 24 número 13, para que los derechos de las personas no sólo se los proteja frente a la ilegalidad sino de la arbitrariedad en el ejercicio del poder”. Op cit. Tribunal Constitucional, 2001. P.73

¹⁴⁵ Para mayor precisión sobre el principio de motivación ver: Op. Cit. Lozano, Germán. P. 25 y Hernández, José Gregorio Op. Cit. p. 445

Finalmente, cabe registrar una significativa diferencia conceptual encontrada al revisar la resolución 024-99-A-TP caso 867-98-TC entre la noción de legislador positivo utilizada por la doctrina especializada europea y colombiana y la Corte Constitucional colombiana, y la expuesta por el Tribunal Constitucional ecuatoriano, pues como quedó ampliamente establecido en el primer capítulo de éste trabajo, la tendencia del legislador positivo se nutre de una variada expresión de fallos en los cuales el máximo tribunal de la justicia constitucional suple las falencias generadas por la insuficiencia del modelo de legislador negativo en el control constitucional y del papel del parlamento al expedir las leyes; mientras que para el Tribunal Constitucional ecuatoriano “el juez constitucional es un legislador positivo y creador, en casos concretos (como el habeas corpus, el habeas data y la acción de amparo) cuando dispone que el demandado cumpla con las respectivas normas constitucionales irrespetadas y con los derechos humanos violados dejando previamente sin efecto el acto impugnado u ordenando hacer lo que se ha omitido realizar”, noción que evidentemente resulta algo desfasada y restringida.¹⁴⁶

Este criterio resulta curioso considerando que precisamente en el caso sub-examine se estudia un evento políticamente relevante: la declaración de inconstitucionalidad respecto de normas de la Constitución, caso que fue resuelto con un criterio bastante amplio y dúctil, porque el Tribunal Constitucional logra valerse de los principios interpretativos a los que se hizo alusión atrás y, la necesidad de lograr la eficacia de las normas constitucionales para declarar recursivamente que el Tribunal no está declarando la inconstitucionalidad de una norma constitucional, sino la inconstitucionalidad de un acto administrativo que generó una arbitrariedad en la redacción de una norma constitucional, con lo cual suspende los efectos del acto legislativo realizado por la Asamblea Nacional, y exhorta al Congreso Nacional para que adopte las medidas o resoluciones pertinentes para preservar el respeto a las normas constitucionales.

¹⁴⁶ Aunque en resolución 126-2001-TP caso 018, 019 y 023-2001-TC, que resolvió la demanda contra la Ley de Reforma Tributaria, el Tribunal Constitucional señala que “el único legislador auténtico y positivo es el Congreso Nacional”.

Sin embargo, renglón seguido el Tribunal Constitucional revierte su “amplia” posición para señalar: “El Tribunal no puede ni debe ofrecer soluciones a directrices que no son de su incumbencia, ni prever ni los efectos o derivaciones de las medidas que adopte el organismo ejecutor de la resolución, en razón de la independencia de funciones y el respeto mutuo que debe guardarse entre ellas. Tampoco le corresponde insinuar respuestas, objeciones o críticas, cuanto más que, de conformidad con el artículo 276, numeral 6, de la Carta Política corresponde al Tribunal Constitucional, dirimir los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la Constitución”; con lo cual queda sentado de manera indefectible que el Tribunal Constitucional ecuatoriano prefiere mantener su posición estricta como legislador negativo y sólo ocasionalmente utilizar un criterio un tanto más amplio de conveniencia tal vez política o quizá de garantía de una efectiva vigencia de la Constitución.

CONCLUSIONES

El reconocimiento efectivo de la consolidación de Estados constitucionales democráticos basados en la consagración de derechos, valores, principios y fines de estado requiere una respuesta institucional que garantice su efectiva vigencia, para lo cual se han creado mecanismos de democracia participativa y de control político y jurídico en el ejercicio del poder que permiten un adecuado funcionamiento de la organización política. El papel que para la consecución de éste fin tienen los Tribunales Constitucionales es de especial relevancia porque implica una transformación cuantitativa y cualitativa en la efectivización del orden constitucional, lo cual se consigue mediante el ejercicio de una interpretación liberal que se preocupe por la realización de la justicia material y el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos, trascendiendo aún sobre el sacramental principio de la seguridad jurídica.¹⁴⁷

Revisado el modelo de control constitucional abstracto que rige en Colombia y Ecuador, puede establecerse que ambos sistemas son de naturaleza mixta, aunque en grado diferente, haciendo la precisión de que cuando se hace uso de ésta categoría, no se emplea en el sentido tradicional del calificativo, mediante el cual la doctrina constitucional considera que un modelo de control constitucional mixto se refiere a que en el país existe tanto un control difuso interpartes en cabeza de todos los jueces y un control concreto en cabeza del Tribunal Constitucional con efecto erga omnes. De hecho, Colombia y Ecuador tienen sistemas mixtos si a éste punto se refiere. Pero a lo que se apela es a indicar que, en relación al control abstracto de constitucionalidad, éste es de naturaleza mixta porque ambos utilizan de forma general un control con tendencia de legislador negativo, pero en algunos casos trascienden a la órbita del legislador positivo. Que ello en ambos países tiene diferencias significativas no

¹⁴⁷ “Hay un salto cualitativo cuando la seguridad jurídica ya no es el centro de gravedad de las instituciones sino que se ve desplazada por el valor de la justicia como realidad social. Es la superación de la retórica por lo pragmático”. Sentencia No. T-477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá 23 de octubre de 1995.

se discute, pero sí puede concluirse que son sistemas mixtos que no coinciden íntegramente con el que formalmente ha sido concebido en las Constituciones de los dos países.

Esto porque según postulados de teoría del estado, es claro que el principio de soberanía popular constituye al Congreso como el órgano legislativo auténticamente positivo en sentido formal y material, pero los tribunales constitucionales dependiendo de la forma de control ejercida, pueden llegar a ser órganos legislativos negativos formalmente, pero positivos materialmente, con lo cual se evidencia que la teoría no se desarrolla estrictamente y que es necesario readecuarla de conformidad con los cambios actuales.

De modo general puede señalarse que las dos naciones basan su modelo de estado en arquetipos irreales, por lo menos en cuanto se refiere al control constitucional, porque si bien ello es regulado con nitidez en las Constituciones de tal forma que no colisione con la estructura del estado, los tribunales constitucionales no se circunscriben a tal esquema, sino que extrapolan el marco impuesto formalmente para desenvolverse en un espacio contextual carente de límites, donde es posible una variedad significativa de modalidades de fallos a través de los cuales los tribunales constitucionales interpretan, sustituyen, adicionan y apelan al legislador para que legisle en determinado sentido, lo cual es posible gracias a que no se encuentran sujetos a control alguno por parte de otro órgano que haga posible un sistema de check and balances, acotando por supuesto que el caso colombiano resulta paradigmático en éste punto, pues su desarrollo jurisprudencial es a todas luces, por mucho, más avanzado que el ecuatoriano.

Esto supone que debe reevaluarse la teoría en cualquiera de los dos siguientes sentidos: o se exige un apego riguroso al modelo consagrado constitucionalmente, es decir, el de legislador negativo con todas las características y especificaciones que ello implica, pero bajo el supuesto de un estricto control o por lo menos autocontrol del Tribunal Constitucional, lo cual aparecería como un retroceso considerable en términos de conquistas fácticas; o se modifica

tal esquema de conformidad con la realidad imperante y se dota de las facultades que de facto se han arrogado los tribunales constitucionales, por lo menos sino como un legislador estrictamente positivo, lo cual reñiría con las facultades expresas que tienen los parlamentos, si como un órgano capaz de adecuar la normativa sujeta a su control de conformidad con la teleología propia de la Constitución, pero con algunas precisas limitaciones, que permitan su control. Es decir, lo ideal es ajustar el modelo teórico a la realidad, de tal forma que exista una coherencia estructural que permita un desarrollo coordinado entre las dinámicas estaduales y los procesos adelantados desde los tribunales constitucionales, con lo cual se podrían generar políticas coordinadas entre ejecutivo y legislativo las que a su turno no se vean truncadas por el ejercicio del control constitucional que recae en estas altas cortes, evitándose pugnas institucionales y reacciones de rechazo desde diferentes ámbitos que ven en el papel activista de las cortes un enemigo contra la institucionalidad de la democracia.

Lo que se tiene entonces es que la modalidad austro-kelseniana es un esquema que, aunque funcional en algunos casos, ha resultado rebasada por la tarea propiamente creadora de derecho por parte de los tribunales constitucionales, siendo necesaria su actualización. Es posible que en cierto momento histórico hubiera resultado apropiado, pero la evolución propia de los sistemas torna poco fructífero anquilosarse o apegarse a un sistema que no responde a la realidad. Ello requiere autogenerar una nueva teoría que responda a tales expectativas, a partir de la cual pueda marcarse el inicio de una nueva etapa en el derecho constitucional.¹⁴⁸ Adicionalmente, en la medida en que la Carta Política sea clara y con posibilidades de realización, el tribunal constitucional simplemente debe realizar una interpretación que respete su sentido, mientras que si se trata de una carta oscura o excesivamente programática, éste deberá utilizar una interpretación liberal y práctica de corte extensivo a fin de ajustar el ordenamiento.

¹⁴⁸ Eliseo Aja y Markus González señalan que “seguramente la razón principal para sostener una teoría que ya no responde a la realidad estriba en la dificultad para sustituirla; pero tal dificultad no permite obviar la tarea de reconstrucción teórica, porque la continuidad de un falso modelo tiene serios inconvenientes; no sólo proporciona una falsa explicación de la institución, sino que, además la ausencia de previsiones legales sobre las sentencias positivas permite a los Tribunales una gran variedad en sus decisiones, que resultan en buena parte impredecibles, en contra de lo que es la esencia misma de la justicia”. Op. Cit. Aja, Eliseo, González, Markus. p. 261

Los temores conceptuales y prácticos que genera la aplicación de éste modelo relacionados con la suplantación del legislador, no debería ser muy conflictivo, porque efectivamente con la simple supresión de normas inconstitucionales por parte del Tribunal Constitucional (actuando como legislador negativo) de hecho, se modifica el ordenamiento y se crea un nuevo orden, generando efectos negativos tales como desregulación de la materia y en consecuencia, vacíos normativos, por consiguiente, resultaría más conveniente que si de hecho se tolera la modificación del ordenamiento por un órgano ajeno en estricto sentido a tal labor -pues ésta le corresponde al legislativo-, también se permita para rehacer el ordenamiento causando un efecto positivo y en ese sentido constituirse en una fuente creadora de derecho, siempre y cuando respete los mismos límites que debe respetar el legislativo: la Constitución.

En el caso colombiano, definitivamente se encuentra una posición abierta y progresista hacia una evolución de la justicia constitucional, pues a pesar de ser generalmente respetuoso del principio democrático, con lo cual acata para la mayoría de sus fallos el modelo de legislador negativo, antepone en algunos otros la necesidad de hacer exigibles los mandatos constitucionales a criterios estrictamente formalistas como el de seguridad jurídica y el respeto al principio de separación de poderes, teniendo en cuenta que sólo recurre a la modulación de los efectos de los fallos cuando se hace estrictamente necesario, pero dando luz verde a una nueva tendencia que se enmarca dentro de la del legislador positivo. De ésta manera, el avance en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional representado en más de ocho mil sentencias, es reconocido dentro y fuera del país como una tendencia innovadora que se ajusta a los requerimientos de protección de la Carta.

No obstante, como es propio de un Estado democrático y pluralista, se han generado también encendidas polémicas en el círculo de los juristas y el Gobierno, y enfrentamientos institucionales a nivel de las altas corporaciones de justicia, pero que igualmente, ha despertado la confianza y la esperanza de los ciudadanos en sus instituciones y en la certeza

de que la Carta Fundamental no se quedó en una mera formulación teórica, sino que se ha hecho una realidad.

Debe en todo caso anotarse que las más álgidas polémicas han bordeado temas estructuralmente importantes para el gobierno, especialmente en materia económica, donde se plantea que los tribunales constitucionales no deberían intervenir con sus decisiones sobre ello, por cuanto este tema relacionado con la ejecución de políticas públicas debe ser desarrollado en exclusiva por el ejecutivo y legislativo sin su intromisión.¹⁴⁹ Sin embargo, para el común de la población y círculos académicos, e incluso desde algún sector del legislativo y ejecutivo, es aquí donde debe operar un tribunal constitucional garantizando el control efectivo del poder del estado al amparo de los mandatos constitucionales que propenden por la justiciabilidad de los derechos y garantías intrínsecos al ser humano.

El caso ecuatoriano, como el colombiano muestra una tendencia al respeto del modelo de legislador negativo, pero a diferencia de éste último, tal respeto es de una dimensión casi absoluta, por lo cual el Tribunal Constitucional ecuatoriano rara vez ha intentado hacer desarrollos jurisprudenciales que vayan más allá de la constatación de in/constitucionalidad de una norma sometida a su control.¹⁵⁰ Por ello puede aseverarse que en Ecuador en materia de justicia constitucional a pesar de mostrarse un desarrollo importante, en el sentido de haber evolucionado de un sistema híbrido donde las decisiones tomadas en ejercicio del control constitucional debían ser consultadas al Congreso Nacional, a uno autónomo, debe indicarse que los fallos provenientes del ejercicio de tal función son actualmente de características muy conservadoras, salvo excepcionales casos donde el Tribunal Constitucional ha pasado la barrera impuesta por una interpretación nada flexible para imponer criterios de interpretación propiamente constitucional.¹⁵¹ En todo caso, cabe cuestionar la posición excesivamente tímida y poco fundamentada del Tribunal Constitucional, desconociendo el llamado a

¹⁴⁹ En éste sentido ver Op cit. Clavijo, Sergio. p. 40

custodiar la efectividad del estado social de derecho y la supremacía de la Carta Fundamental en general.

Así se encuentra bajo un mismo esquema de gobierno y de estado, a dos tribunales sustancialmente diferentes, que sólo conservan cierta similitud en su funcionamiento general, mas no en su metodología de trabajo. Ambos sistemas pueden ser cuestionados, el colombiano por una supuesta extralimitación competencial y el ecuatoriano por ser extremadamente restrictivo. En todo caso, parece tener mayor recibo -por lo menos desde el punto de vista legitimador-, el sistema colombiano, por responder a la carencia de justicia material y acercarse a un ejercicio más democrático del derecho y la política.

Es inevitable hacer la anterior aseveración relacionada con el ejercicio político de los tribunales constitucionales,¹⁵² pues su naturaleza contralora del poder estatal respecto de la Carta Política que organiza la estructura del estado y reconoce los derechos y garantías de sus ciudadanos, lo torna en un órgano eminentemente político, lo cual no es lo mismo que señalar que los tribunales constitucionales pueden transformarse en órganos politizados o populistas. La diferencia entre un tribunal constitucional como órgano político, como órgano politizado o como órgano populista es abismal; el primero cumple una función propia, pues es un órgano de control estrictamente político, que verifica que la opción legislativa del parlamento se encuentre acorde con la carta política, y en ese sentido vela por la estabilización

¹⁵⁰ Ello es constatado por Hernán Pérez Loose cuando señala que: “Basta una revisión somera de las sentencias en las que se declara inconstitucional normas de naturaleza legal para darnos cuenta del poco cuidado que el Tribunal ha puesto en el desarrollo de una doctrina jurídica sobre un asunto de tanta trascendencia (...) En materia de interpretación constitucional la tendencia en muchas partes como en nuestro país ha sido la de adoptar las técnicas y cánones aceptados en otros campos del derecho. El desarrollo de una metodología hermenéutica propia del derecho constitucional es casi inexistente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal”. Pérez Loose, Hernán. Op. Cit. p. 211

¹⁵¹ La consecuencia de una interpretación adecuada y suficiente por parte del Tribunal Constitucional es positiva en el sentido que ella brinda estabilidad a la Constitución evitando reformas frecuentes. Ernesto López Freile señala al respecto: “Si interpretásemos la Constitución diaria y cotidianamente como se debe, ¿para qué se necesitarían reformas constitucionales? De ahí que el control constitucional tiene que cubrir esa interpretación”. López Freile, Ernesto. *Control constitucional y organismos de control*. En: *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo*. Quito: Projusticia, Coriem. 1998. p.63

¹⁵² Gaspar Caballero advierte al respecto: “No se puede negar la dimensión política de los jueces constitucionales según la opinión doctrinal más generalizada, ya que predicar la apoliticidad de los tribunales constitucionales es como afirmar la apoliticidad de la misma Constitución Política”. Op cit. Caballero, Gaspar. P. 63

democrática,¹⁵³ mientras que el segundo sería un órgano que mide la conveniencia de la opción legislativa bajo intereses de presión partidista, privada o desde intereses particularistas del ejecutivo, lo cual es abiertamente censurable; y el tercero sería aquel que tratando de congraciarse con el imaginario colectivo rebasa sus funciones prometiendo o concediendo ventajas que resultan populares, bajo la expectativa de que ello le generaría intereses particulares en el esquema del poder.¹⁵⁴ Respecto de las dos últimas clases de tribunal no cabe duda de que tales modalidades constituyen vicios a erradicar. Pero en cuanto al carácter político intrínseco de los tribunales constitucionales, resulta adecuado señalar que desvincular de tal naturaleza a éste órgano, constituiría un limitante a su especial función de protector de la integridad de la Constitución. En todo caso, el debate sobre el tema no es pacífico, pues existen apreciaciones que señalan concluyentemente que los tribunales constitucionales no deben ser órganos que tenga injerencia en decisiones políticas.¹⁵⁵

Es claro que la confusión se nutre del cuestionamiento respecto de si el carácter de sus decisiones es estrictamente jurisdiccional (no se hace relación a su carácter orgánico, porque existen tribunales constitucionales como el colombiano, que pertenecen a la rama judicial del poder público, y otros como el ecuatoriano que es independiente), por lo cual el substrato material de sus decisiones sería en estricto sentido la aplicación normativa y no decisiones

¹⁵³ Bruce Ackermann señala que “la falta de representatividad de los jueces está compensada, sino neutralizada, por su función mediadora entre la democracia y los derechos, por cuanto el juez es el especificador de derechos, de modo que su rol en el proceso democrático es decisivo como formulador último de aquellos”. Ackermann, Bruce. *La política del diálogo liberal*. Trad del inglés. Gedisa, Barcelona. 1998 p. 10

¹⁵⁴ A la Corte Constitucional colombiana en algunas oportunidades se le ha acusado de tener éste corte, pues sus fallos han tendido a favorecer la realización de la justicia material, ausente por años en un alto porcentaje de los ámbitos judiciales del país. Sin embargo, debe recordarse que por la búsqueda de efectivización de los derechos y garantías fundamentales por parte de los tribunales constitucionales, no es válido señalar que estén desbordando su actividad, al punto de favorecerse con tal actuación. Es un contrasentido pensar que por acercar la justicia al ser humano se catalogue a un tribunal constitucional como populista como lo señala Sergio Clavijo cuando al criticar la labor de la Corte colombiana advierte que: “dejar que el populismo o las posiciones totalitarias dictaminen sobre las bondades de ciertas interpretaciones de la Carta sería como renunciar al ejercicio de una sana regulación y un adecuado ordenamiento estatal, basado en leyes expedidas por el Congreso de la república, que busquen el progreso social, en un ambiente de libertad económica”. Pueda que ello no sea muy conveniente a nivel macroeconómico para el estado, pero éste es un problema que se sale de la órbita de competencia del tribunal constitucional y que corresponde al ejecutivo solucionar, pues nuestros estados se encuentran constituidos como estados sociales de derecho, presupuesto del cual no se pueden desprender so pretexto de que se encuentra en incapacidad fáctica de hacerlo realidad.

¹⁵⁵ Vladimiro Naranjo Mesa señala que “un tribunal constitucional no puede ni debe inmiscuirse en la órbita de competencia propia de los demás órganos del estado, salvo, claro está, cuando estos actúan por fuera del marco de la Constitución, cuya defensa se le confía a aquel”, con lo cual contempla la posibilidad de una intromisión justificada. Naranjo Mesa, Vladimiro. Op cit. P. 497

deliberantes propias del ámbito político, pero teniendo en cuenta que los tribunales constitucionales se relacionan de una forma especial con el sistema político y que sustraerse a un papel neutro no es efectivamente posible dado el progresivo avance hacia la judicialización de la política, no queda más que señalar que el único esquema posible es el de racionalización, compatibilización y cooperación de funciones entre órganos del poder público, bajo una teoría renovada de división de poderes.

Colombia se encuentra mucho más cerca de éste esquema que Ecuador, pues como se ha venido sosteniendo, el Tribunal Constitucional de éste último marca una tendencia conservadora, formalista y nada irreverente ante los demás poderes estatales. Sin embargo, ha marcado algunos precedentes importantes que abren el camino para adoptar una tendencia más abierta y conforme con las necesidades de las nuevas estructuras sociales imperante.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Según Ernesto López Freire, el Tribunal Constitucional puede interpretar extensivamente las normas, “para cubrir lo que no está expresado en forma expresiva en el texto constitucional, porque el texto constitucional es relativamente breve. Entonces el Tribunal es quien va a crear una norma en el momento que pretenda interpretar otra”. López Freire, Ernesto. *Evolución del control constitucional en el Ecuador*. En: *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito: Tribunal Constitucional- Konrad Adenauer Stiftung. 1999. P. 25-26

RECOMENDACIONES

A efecto de postular un modelo representativo de control abstracto de constitucionalidad que relieve las bondades de los modelos de los dos países, y que se acondicione a los cuestionamientos que les son formulados, a continuación se presentan algunas soluciones que no pretenden ser exhaustivas, pero que se presentan como un posible justo medio.

Lo primero que debe reseñarse es que la tendencia más acorde con una filosofía antropocentrista que propenda por la exaltación de la dignidad del ser humano, como núcleo axiológico de nuestras constituciones, definitivamente es aquella que desarrolla un sentido pragmático, es decir, la que busca una interpretación acorde al efecto vinculante y normativo de la Constitución. Desde este punto de vista, resulta más conveniente inclinarse por la tendencia de la Corte Constitucional colombiana, la cual se distingue por ésta clase de desarrollo jurisprudencial. Por lo tanto es recomendable que el Tribunal Constitucional ecuatoriano siguiendo el ejemplo del país del norte, revalúe su metodología jurisprudencial y se acerque a ésta tendencia.

Pero para que el ejercicio de la jurisdicción constitucional se encuentre libre de cuestionamientos es conveniente que, aún conservando la autonomía que los hace fuertes y respetables ante las presiones de otros órganos del poder público, se cambie de perspectiva y en lugar de interpretar la labor de legislador positivo como una intromisión indebida en las funciones propias del órgano legislativo, se canalice a través del principio de cooperación entre órganos del poder público, ante la reiterada omisión legislativa, de tal forma que el legislador y el tribunal constitucional trabajen al unísono, todo en procura de la defensa del régimen democrático, pues en última instancia, no importa de quien provenga el mecanismo de estabilización democrática, sino la consecuencia que genera en la defensa de la institucionalidad del Estado. Y es aquí donde se podrá controvertir si los tribunales constitucionales con la modulación de los efectos de sus fallos ayudan a la consolidación de

las instituciones democráticas o se convierten en la piedra en su zapato. La respuesta no es única, pues ella provendrá con un enfoque diferente dependiendo desde donde parta su formulación, pero resulta innegable que los tribunales constitucionales causan muchos problemas a las instituciones gubernamentales, especialmente en materia económica, pero debe insistirse en que ello no es culpa de estos, ya ceñidos a su labor primordial, no hacen más que dar en la medida en que el régimen ha prometido dar; el problema patente es consagrar modelos utópicos para organizar situaciones reales y concretas que no se atemperan en una relación unívoca y retroalimentadora, habiendo tenido presente cuando se estructuró las limitaciones de orden material para ejecutarlo a cabalidad. De ésta manera nuestras constituciones se erigen como catálogos amplísimos de derechos, garantías, fines y estructuras organizativas de vastas proporciones, sin tener los presupuestos (económicos, políticos, sociales, culturales, etc.) para hacerlos realidad, para luego estar ante el dilema de la exigibilidad de los mismos y la censura al órgano que se arroga la función de responder ante tales demandas.

Los tribunales constitucionales vienen entonces a corregir las imperfecciones generadas por los vacíos que el mismo sistema ocasiona, pero es evidente que se debe ser cuidadoso con el alcance que pretendan tener, pues cabe el temor de que efectivamente se extralimiten al ejercer tal control, ya que el plano desde el cual trabaja puede plantear desarrollos metajurídicos nutridos de concepciones éticas, antropológicas, culturales, etc., que lo pueden llevar a actuar como un cuarto poder moral, lo cual está lejos de su función como protector de la supremacía de la Constitución. En todo caso, podría pensarse que es un cuarto poder general, dado el control jurídico y político realizado por los tribunales constitucionales sobre los poderes tradicionales,¹⁵⁷ por lo que debería realizarse una nueva construcción piramidal de los poderes, donde el poder de éstos sería el superior, en analogía a la construcción piramidal kelseniana respecto de las normas que componen el ordenamiento jurídico donde la Constitución se encuentra en el vértice superior de la escala normativa, pero siempre teniendo

¹⁵⁷ Favoreu, Louis. *Los tribunales constitucionales*. En: *La jurisdicción constitucional en América*. Madrid 1997 p. 106

en cuenta que éste poder debe ser regulado de alguna manera, pues poderes absolutos degeneran en abusos de poder y ello en tiranía, lo que vulneraría el Estado de derecho, más considerando que tal como se encuentra concebido éste sistema de control en ambos países, las decisiones tomadas son definitivas, sin posibilidad de revisión ni responsabilidad por error judicial, por lo que parecerían infalibles, acercándonos a la célebre frase del juez Jackson de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Brown vs. Allen* (1953) que afirma: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra”.

Por esto es necesario que el poder que detentan los tribunales constitucionales esté debidamente canalizado, empezando por mecanismos adecuados de selección y conformación de sus miembros, el cual debe estar integrado por los juristas más capacitados y apolitizados (más no apolíticos), en un período de magistratura de larga data para que se logre establecer una tendencia jurisprudencial (similar al de Colombia de por lo menos 8 años, no como en Ecuador que sólo alcanza los 4 años) y gozando del presupuesto adecuado que le permita desempeñar su labor.¹⁵⁸

Por otro lado, respecto de la parte material parece necesario repensar la teoría del estado, no en el sentido entendido por el Dr. Luis Carlos SÁCHICA cuando entiende que ello sería para que gobiernen los jueces sin tener investidura popular y ninguna clase de responsabilidad política, sino precisamente para que se logre la coherencia entre el estado de derecho consagrado en la Constitución y la ley y lo que efectivamente ello representa para los ciudadanos. Es decir que a manera de ejemplo, si el estado ofrece garantizar el derecho a la igualdad, debe propiciar que tal igualdad sea real, y esto ajustado en toda la normativa infraconstitucional y demás

¹⁵⁸ El Tribunal Constitucional ecuatoriano en palabras de su presidente Marco Morales constantemente se refiere a las limitaciones presupuestales de que es víctima el tribunal para su funcionamiento: “Fundamental para una adecuada, eficiente y eficaz labor de control constitucional es la asignación de recursos económicos suficientes y adecuados que le permitan no sólo contar con recursos materiales necesarios, indispensables en estos tiempos como un adecuado sistema informático, sino como un elemento humano especializado en materia constitucional”. Morales, Marco. *Prefacio*. En: *Memorias de eventos de Derecho Constitucional*. Quito: CLD. 2001 p. 4

actuaciones de sus poderes, para lo cual los tribunales constitucionales se erigen como los llamados a controlar que ello sea una realidad.

Pero como definitivamente resulta sino imposible muy complicado redefinir en estricto sentido una teoría de estado o mejor un modelo de estado para nuestros países que consulte la especificidad de la realidad, porque uno de sus componentes (la jurisdicción constitucional) no es compatible con el régimen general, entonces lo que puede hacerse es replantear, como se señaló atrás, una teoría renovada de división de poderes, donde el sistema de justicia constitucional, reduzca en parte su discrecionalidad para algunos aspectos y se consolide un sistema de cooperación estrecha con el legislador, además de moldear aquella concepción de sus detractores en el sentido de aprovechar que éste órgano en la actualidad se constituye en el órgano de mayor credibilidad dentro de la estructura del Estado, mediante el cual en forma concomitante con los demás poderes se puede llevar a cabo la dirección del Estado, en aras de lograr un desarrollo sostenible del país.

Importante resulta entonces la búsqueda de una nueva dimensión de relación entre el legislador y el Tribunal Constitucional, mediante el cual el legislador respete la interpretación fijada por el Tribunal respecto de temas ya abordados por éste y el Tribunal Constitucional respete la libertad de configuración política del legislador consultándole las razones que tuvo para expedir tal o cual norma, tratando de encontrar una decisión concertada y en el supuesto de no encontrarla, necesariamente el legislador debería respetar el sentido otorgado por el Tribunal Constitucional por ser el llamado a proteger la efectiva vigencia de la Constitución, pero aprobándola ulteriormente. Además siguiendo con la conveniencia de evitar conflictos entre los dos órganos es de diametral importancia, ampliar la posibilidad de control previo, pues de esta manera no nacerán a la vida jurídica normativas inconstitucionales, cuya descalificación mediante sentencia de control posterior puede generar mayores turbaciones dentro del ordenamiento jurídico.

Respecto de la tarea propiamente de control constitucional, los tribunales constitucionales deben ser muy metódicos y moderados, pues a pesar de que se aboga por un desarrollo jurisprudencial de avanzada hacia la implementación del modelo de legislador positivo para los eventos que así lo requieran, ello debe hacerse con un tacto especial, porque la idea no es anular el trabajo legislativo, ni descalificar y deslegitimar su tarea, lo cual ocurre si el legislador deja de crear leyes con sentido político para basarse exclusivamente en el desarrollo de los principios de orden constitucional. Es válido que el legislador respete la Carta Política con el sentido desarrollado por el Tribunal Constitucional, pero no es válido que pierda su opción política óptima, la cual debe ser independiente.

Por eso resulta muy apropiada la posibilidad de que el Tribunal Constitucional promueva que el legislador sea quien finalmente tome la determinación sobre la mejor opción política para determinado evento, al modular los efectos de sus fallos en el tiempo con la modalidad prospectiva, evitando el vacío normativo y concediendo un término prudente para que sea el mismo legislador quien renueve el ordenamiento jurídico, pero ésta vez, ajustado a la Constitución, lo cual tiene como ventaja que se da la oportunidad al legislador para que rehaga las normas pero de una forma más rigurosa, por estar sujeta a los mandatos constitucionales, lo cual a su turno, ocasionará menos fricciones, teniendo en el ordenamiento normas con carácter de leyes pero constitucionalizadas.

La otra opción que podría estudiarse para restringir el poder activista de los tribunales constitucionales y evitar que efectivamente expida un nuevo ordenamiento, sería conceder con la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma el efecto de “resurrección” de la norma que había sido derogada por la norma declarada ahora inconstitucional, con lo cual se evita el vacío normativo y se permite que el legislador dicte mientras tanto una nueva norma acorde con la Constitución, pero con sus propios criterios, de forma similar a como ocurre en Austria donde se concede un plazo de máximo 18 meses para dictar la norma que sustituirá a la norma derogada.

Siguiendo con las opciones posibles de los tribunales constitucionales para evitar colegislar, resulta interesante presentar la modalidad implementada en Alemania e Italia con la declaración de incompatibilidad sin nulidad, la cual tiene como consecuencia jurídica que “la norma inconstitucional sigue manteniéndose en el entramado normativo y que las normas jurídicas anteriores a su entrada en vigor no reviven. La norma inconstitucional soporta, sin embargo, una prohibición de aplicación (Anwendungssperre) que se retrotrae al momento de la colisión normativa”;¹⁵⁹ mientras tanto, se remite al parlamento la necesidad de que regule la materia, “bajo la amenaza de duplicar el pronunciamiento de falta de fundamento con otro, esta vez, de aceptación”¹⁶⁰.

Dentro de la gama de posibilidades también cabe la declaración de inadmisibilidad la cual es utilizada en Italia de forma similar a la *political questions* de Estados Unidos donde en aplicación del principio de separación de poderes el Tribunal Supremo se niega a conocer de ciertas cuestiones que se presentan delicadas desde una perspectiva política. En Italia, cuando se observan cuestiones relativas a la política legislativa o que admiten diferentes soluciones y ninguna impuesta por la Constitución se hace tal declaración.¹⁶¹ Sin embargo, debe observarse que éste tipo de declaración puede resultar, en nuestro contexto, inconstitucional por constituir una denegación de justicia y en cierta forma un prevaricato por no cumplir con la función de revisar la constitucionalidad de las normas sometidas a su control.

Por último, las sentencias aditivas de principio utilizadas por la Corte Constitucional italiana también se presentan como una innovadora forma de no invadir la órbita de trabajo del legislativo, de tal manera que las disposiciones impugnadas son declaradas inconstitucionales, pero el vacío normativo generado por tal declaración se llena con la simple remisión a

¹⁵⁹ Weber, Albrecht. *Alemania*. En: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1998. p. 79

¹⁶⁰ Romboli, Roberto. *Italia*. En: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1998. p. 113

¹⁶¹ Op. Cit. Romboli, Roberto. p. 104-106

principios generales sin introducir una regla inmediatamente operante y aplicable, dejando al legislador el poder concretarlo de forma abstracta.

En cuanto a la relación con el órgano ejecutivo y más específicamente con el gobierno, debe indicarse que también es conveniente redefinir la frontera de injerencia del tribunal constitucional en las políticas de estado, de tal forma que no sea sólo en el momento de proferir un fallo que choca con su estrategia de gestión que se ponga en entredicho la extralimitación del tribunal. En todo caso, este punto resulta de difícil manejo en tanto es generalmente en materia de política económica o penal que el Tribunal Constitucional se encuentra ante la disyuntiva de proferir fallos que afectan los intereses del estado, en materia económica por carecer de los recursos económicos suficientes para desembolsar lo ordenado por el Tribunal Constitucional (que puede ser muy justo pero inconveniente) o por chocar con políticas criminales en materia por ejemplo, de narcóticos o moralidad pública, en lo cual, a la vez, se encuentra involucrado el fundamental principio de legalidad de los delitos y las penas y el bien jurídico de la libertad personal, requiriendo convenientemente una intervención no aditiva, tal y como se hace en Italia para el manejo de estas materias. Así se evalúa por parte del Tribunal Constitucional mediante una Oficina para la documentación y cuantificación financiera, los efectos de sus decisiones, con el fin de conocer anticipadamente las implicaciones económicas de sus fallos, oficina que definitivamente sería muy conveniente adoptar en los modelos de control constitucional de los dos países.

Finalmente, como puede diáfamanamente observarse, el denominador común de todas las modalidades de decisión que restringen la capacidad de modulación de los efectos de las sentencias es que todas ellas demandan la colaboración del legislador bajo la especie de sentencias bilaterales, lo cual se circunscribe en el respeto cabal de la organización democrática. Pero ello, en ciertos eventos no deja de ser insuficiente -para volver a la posición sostenida a lo largo de este trabajo-, de la necesidad de implementar para eventuales casos las facultades irrestrictas de los tribunales constitucionales como legisladores positivos,

fungiendo como garantes de la defensa de la Constitución, en lo cual resulta indispensable consolidar una jurisprudencia uniforme,¹⁶² que permita como dice Carlos Gaviria Díaz ubicar el papel de los Tribunales Constitucionales en América Latina como “catalizadores positivos” en el proceso de construir la democracia.¹⁶³

¹⁶² Op. Cit. Morales Marco p.4

¹⁶³ Gaviria Díaz, Carlos. *Panel: Los Tribunales Constitucionales y la crisis de la democracia en América Latina*. En: *Memorias de eventos de Derecho Constitucional*. Quito: CLD. 2001 p. 29

BIBLIOGRAFIA

- Ackermann, Bruce. *La política del diálogo liberal*. Trad del inglés. Gedisa, Barcelona. 1998.
- Aja, Eliseo. (Ed). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en Europa*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1998.
- Alcantara Sáez, Manuel. *Gobernabilidad Crisis y Cambio*. Fondo de Cultura Económica. México. 1995.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. 1993.
- Alvarez Conde, Enrique. *Curso de derecho constitucional*. Volumen 1. Madrid: Editorial Tecnos. 1999.
- Alvarez Jimenez, Alberto. *La Corte Constitucional no puede convertirse en el árbitro de los economistas*. En: revista Estrategia. Bogotá, Marzo 15 al 31 de 1996.
- Anzola Gil, Marcela et. al. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Medellín: Biblioteca jurídica Diké. 1997.
- Arango Mejía, Jorge. *La guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000.
- Bidart Campos, German. *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1995.
- _____. Y Carnota, Walter. *Derecho Constitucional Comprado*. Tomo I y II. Buenos Aires: Editorial Ediar. 2001.
- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica. 1997
- Burneo Burneo, Vicente. *El Tribunal Constitucional en la actual vida jurídica y política del país*. En: *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito: Tribunal Constitucional- Konrad Adenauer Stiftung. 1999.
- Caballero Sierra, Gaspar. *Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000.
- Cajas Sarria, Mario Alberto. *Razones que distorsionan la inserción de la Corte constitucional o argumentos para su aparente “disfuncionalidad” en el ordenamiento jurídico colombiano*.

- Cammelli, Marco. *Crisis de los mecanismos reguladores y suplencia judicial en Italia*. En: Revista Derecho del estado. N. 4, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. abril de 1998.
- Charry U, Juan Manuel. Justicia Constitucional. Bogotá: Banco de la República. 1993
- _____. *Sistema normativo de la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis S.A. 1997
- Clavijo, Sergio. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá: Alfaomega. 2001.
- De Sousa Santos, Boaventura y García, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo 1 y 2. Bogotá: Colciencias. 2001.
- Dueñas Ruiz, Oscar José. *El papel del Tribunal Constitucional en el fortalecimiento de la democracia*. En: *Curso de Derecho Constitucional para comunicadores sociales*. Quito: CLD. 2001.
- Favoreu, Louis. *Los tribunales constitucionales*. En: *La jurisdicción constitucional en América*. Madrid 1997.
- Garces Lloreda, Maria Teresa. *Informe ponencia para sesión plenaria. Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. Propositiones divergentes*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 4 Bogotá. 13 de septiembre de 1991.
- García Amado, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1999
- García de Enterría. Eduardo. *Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en el declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. Madrid: R.E.D.A., N. 61, 1989.
- Gaviria Díaz, Carlos. *El control constitucional*. En: Revista Consigna. N. 464, II Trimestre. Bogotá. 2000.
- _____. *Panel: Los Tribunales Constitucionales y la crisis de la democracia en América Latina*. En: *Memorias de eventos de Derecho Constitucional*. Quito: CLD. 2001.
- Guarnieri, De Carlo y Pederzoli, Patricia. *¿Hacia una democracia judicial?*. En: Revista Consigna. N. 464, II Trimestre. Bogotá. 2000.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- Hernández, José Gregorio. *El ejercicio independiente de la función de control de constitucionalidad*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000.
- _____. *La República*, nov 12/00.

- Kalmanovitz, Salomón. *Consecuencias económicas de la Corte Constitucional*. En: Revista Consigna. IV Trimestre. 2000.
- Kelsen, Hans. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid. Debate, 1988.
- Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita et. al. *Memorias VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Tomo I y II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998.
- Legislación e Informática y Cia. Ltda. LEGINFO. “Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana 1992-1999”. *OMNIJUR para Windows v. 1.2*. CD-ROM, 1999.
- Londoño Jimenez, Hernando.. *El control constitucional ante el estado de derecho..* En: Gaceta Constitucional. Tomo 4 Bogotá. 13 de septiembre de 1991.
- López Freile, Ernesto. *Control constitucional y organismos de control*. En: *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo*. Quito: Projusticia, Coriem. 1998.
- _____. *Evolución del control constitucional en el Ecuador*. En: *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito: Tribunal Constitucional- Konrad Adenauer Stiftung. 1999.
- López Guerra, Luis. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Ediciones uniandes. 2000.
- López Michelsen, Alfonso. *Sobre el cuestionamiento de la Corte Constitucional*. En: Revista Consigna. Edición 406. Bogotá. IV trimestre 2000.
- Lozano Villegas, Germán. *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000.
- Molina, Pablo. *El debate sobre el futuro de la Corte Constitucional*. En: Revista Estrategia, Febrero de 2001.
- Martínez Caballero, Alejandro. *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000.
- _____. *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*. En *Memorias III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal*.
- Morales, Marco. *Prefacio*. En: *Memorias de eventos de Derecho Constitucional*. Quito: CLD. 2001.
- Morelli Rico, Sandra. *La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario?*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1997.

- _____. *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2001.
- Naranjo Mesa, Vladimiro. *El papel de los Tribunales Constitucionales en el sistema político*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000.
- Nogueira Alcalá, Humberto. Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000.
- Oyarte Martinez, Rafael. *Límite y limitaciones al poder constituyente*. En: Revista chilena de Derecho. Santiago: 1998.
- Peces-Barba, Gregorio, Poder de los jueces y gobierno de los jueces. En: Revista Consigna. II trimestre. Bogotá. 2000.
- Pécaut, Daniel. *La Crisis de Gobernabilidad en Colombia* En: *Gobernabilidad democrática, el proyecto Colombia*. Instituto Luis Carlos Galán para el desarrollo de la democracia. Bogotá. 2000.
- Peña Chepe, Alfonso. *Proposición No. 59 aprobada el 4 de junio de 1991*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 4 Bogotá. 13 de septiembre de 1991.
- Pérez Loose, Hernán. *Inconstitucionalidad de leyes*. En: *Guía de Litigio Constitucional*. Quito: CLD- Konrad Adenauer Stiftung. 2001.
- Pizzorusso, Alessandro. *El tribunal constitucional Italiano*. en: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid, 1984.
- Presidencia de la República. *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá: Impre Andes S.A. 1994.
- Prieto Sanchis, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Distribuciones Fontamara.. 1997.
- Romboli, Roberto. *Italia*. En: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1998.
- Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales. 1993.
- Sabino, Carlos A. El proceso de investigación. Bogotá: Panamericana Editorial. 1995.
- Sáchica, Luis Carlos. *Los jueces acaban la separación de poderes*. En: Revista Consigna. Edición 464, II trimestre. Bogotá. 2000.

- Sagues, Humberto et. al. Una mirada a los tribunales constitucionales. Serie: Lecturas Constitucionales Andinas. N. 4. Lima.: Comisión Andina de Juristas. 1995.
- Salgado Pesantes, Hernán. *A manera de prólogo*. En: *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito: Tribunal Constitucional- Konrad Adenauer Stiftung. 1999.
- Solano González, Edgar. *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000.
- Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1998.
- Sierra, Humberto A. *Sentencias de inconstitucionalidad jurisdicción española*. Bogotá Universidad Externado de Colombia.. 1995.
- Starck, Christian. *La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000.
- Sánchez David, Rubén, *Gobernabilidad, Integración Social y Paz* En Revista Consigna. Vol. 20 No. 448. Abril-julio de 1996.
- Torres del Moral, Antonio. *Principios del derecho constitucional español*. Madrid: Universidad Complutences de Madrid. 1998.
- Touraine, Alan. *¿Qué es la democracia?*. Madrid: Ediciones Temas de hoy. 1994
- Tribunal Constitucional Ecuatoriano. *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional Enero- Diciembre 1999*. Quito: Registro Oficial. 2000.
- Tribunal Constitucional Ecuatoriano. *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional Enero- Diciembre 2000*. Volumen I. Quito: Registro Oficial. 2001.
- Tribunal Constitucional Ecuatoriano. *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional Enero- Diciembre 2000*. Volumen II. Quito: Registro Oficial. 2001.
- Tribunal Constitucional Ecuatoriano. *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional 2001*. Quito: Registro Oficial. 2002.
- Tribunal Constitucional Ecuatoriano. *Gacetas del Registro Oficial 1997-2002*. Quito: registro oficial. 1997-2002.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. *El dilema de la interpretación constitucional*. En: *La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2000.
- Vargas Velásquez, Alejo. *Hacia la Gobernabilidad Democrática en Colombia al final del siglo* En *Constitución, Gobernabilidad y Poder*, Universidad Nacional, Bogotá, 1996.

- Velasco Guerrero, Jose Maria y Fajardo Landeta, Jaime.. *Informe de minoría. Creación de una corte constitucional*. En: Gaceta Constitucional. Tomo 6, Bogotá. 24 de mayo de 1991.
- Vila Casado, Iván. *Nuevo derecho constitucional. Antecedentes y fundamentos*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibañez. 2002.
- Weber, Albrecht. *Alemania*. En: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1998.
- Yepes, Hernando. La sentencia C-221/94 ¿delimitación ontológica del derecho o mutación constitucional? En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1995.
- Zabala Egas, Jorge. Panel: *Los Tribunales Constitucionales y la crisis de la democracia en América Latina*. En: *Memorias de eventos de Derecho Constitucional*. Quito: CLD. 2001.
- Zagrebelky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid. Editorial Trotta. S.A, 1995.