

LA MODULACIÓN EN LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD:  
UNA VISIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

LAURA BERNAL MARÍN

MARÍA PAULA BOTERO HERNÁNDEZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2013

LA MODULACIÓN EN LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD:  
UNA VISIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

LAURA BERNAL MARÍN

MARÍA PAULA BOTERO HERNÁNDEZ

Trabajo de Grado para obtener el Título de Abogado

Director

XIMENA OSORIO

Profesor Investigador

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2013

## NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

## **RESUMEN**

El trabajo de grado refleja las conclusiones obtenidas del análisis de la actividad decisoría de la Corte Constitucional en lo que se refiere a las sentencias de constitucionalidad condicionadas y a los fallos de inconstitucionalidad con efectos retroactivos y ultractivos, con el propósito de dilucidar la justificación y el sentido que adquieren las diferentes figuras a la luz de Carta Política de 1991 y en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, utilizando el análisis económico del derecho como herramienta de estudio.

Se realiza un análisis del marco de las diversas funciones y facultades del Tribunal Constitucional en Colombia en cuanto a las decisiones que adopta en los estudios de constitucionalidad. Así, teniendo en cuenta que el constitucionalismo moderno está en constante evolución, se sostiene que las decisiones de la Corte Constitucional, en cuanto a la modulación, deben enmarcarse en los parámetros establecidos por la Constitución y sus fallos deben propender por soluciones eficientes a la luz del Teorema de Coase y el Criterio de Kaldor-Hicks, de tal forma que respondan a las realidades y necesidades del momento, y no se conviertan en prerrogativas utilizadas de forma arbitraria o ilimitada.

### **Palabras Claves**

*Corte Constitucional, Análisis Económico del Derecho, control de constitucionalidad, sentencias de constitucionalidad condicionada, efectos retroactivos, efectos ultractivos.*

## **CONTENIDO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

### **2. EL NUEVO DERECHO Y EL ROL DE LOS JUECES**

### **3. EL CONTROL CONSTITUCIONAL**

### **4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO HERRAMIENTA DE ANÁLISIS**

### **5. LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA**

**5.1 La teoría de la separación de poderes: un principio en evolución.**

**5.2 La separación de poderes en Colombia: La Corte Constitucional sus funciones y sus límites.**

**5.3 El problema de las sentencias condicionadas frente a la separación de poderes**

**5.4 Una solución desde el Análisis Económico del Derecho**

**5.4.2 Modelo a seguir**

**5.4.2 Modelo a seguir**

**5.5 Caso práctico: Sentencia C- 075 de 2007**

### **6. MODULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

#### **6.1 LOS EFECTOS RETROACTIVOS DE LOS FALLOS DE CONSTITUCIONALIDAD**

**6.1.1 Análisis de los efectos ex tunc de los fallos de inconstitucionalidad**

**6.1.2 La facultad de la Corte para fijar los efectos retroactivos de los fallos desde el análisis económico del derecho**

**6.1.3 Análisis del caso de las sentencias de tutela relacionadas con el requisito de fidelidad en la pensión de sobrevivientes.**

*a. Críticas a los pronunciamientos de la Corte*

*a.a. Análisis jurídico*

*a.b. Análisis desde una perspectiva económica*

## **6.2 LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DIFERIDA**

**6.2.1 La facultad de la Corte para fijar los efectos ultractivos de los fallos desde el análisis económico del derecho**

**6.2.2 La sentencia C-700 de 1999**

## **7. CONCLUSIÓN**

## **8. BIBLIOGRAFÍA**

### **ANEXO I. TABLAS DE ANÁLISIS FÁCTICO**

### **ANEXO II. GRÁFICOS**

## 1. INTRODUCCIÓN

*“La protección de los derechos y libertades de los ciudadanos como principal tarea de los Tribunales Constitucionales supera los procedimientos previstos para ellos, impregna todas las funciones de los Tribunales y lleva al control de las leyes criterios nuevos. Ésta es la principal causa de la aparición de nuevas categorías jurídicas y del surgimiento de nuevos tipos de sentencias”*<sup>1</sup>. En esta medida, en la actualidad se ha evidenciado cómo la Corte Constitucional no se limita a decidir en sentencias declarativas, pronunciándose sólo sobre la inexecutable o executable de las normas, sino que se ha visto en la necesidad de modular las sentencias para que las disposiciones sujetas a interpretación se adapten al texto constitucional. Así mismo, la Corte ha considerado necesario modular los efectos en el tiempo de los fallos de inconstitucionalidad, de tal forma que en ciertos casos ha decidido concederle efectos retroactivos a sus decisiones y, en muchos otros, ha considerado pertinente ordenar inconstitucionalidades diferidas

En un Estado Social de Derecho y en el sistema jurídico que del mismo resulta, las nuevas formas de decisión que ha adquirido la Corte Constitucional superan el modelo clásico del legislador negativo y por tanto, es de fundamental importancia realizar reflexiones y análisis entorno a estas nuevas categorías jurídicas, en búsqueda de concebir su justificación y sentido, a modo de esclarecer los fenómenos que se presentan en la realidad jurídica presente. En este sentido, se considera que la Corte Constitucional en su actividad decisoria debe actuar de forma eficiente, para esto se propone implementar el análisis económico del derecho como metodología de tal forma que permita crear modelos de decisión eficientes que contribuyan al desarrollo de la sociedad y, por ende, al Estado Social de Derecho, fin primordial de la Carta de 1991.

En este orden de ideas, el objetivo del presente estudio es realizar un análisis del marco de las diversas funciones y facultades del Tribunal Constitucional en Colombia en cuanto a las decisiones que adopta en los estudios de constitucionalidad; así como determinar, por otro lado, los

---

<sup>1</sup> Eliseo Aja Et Al. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual. Pág. XXVIII. Ed., Ariel. (1998).

límites a que dicha corporación debe someterse en el ejercicio de tal actividad. En esta medida, se utilizará como herramienta principal de investigación y estudio el análisis económico del derecho, en aras de determinar la eficiencia o ineficiencia de los fallos de constitucionalidad condicionada y de las sentencias de inconstitucionalidad con efectos retroactivos y ultractivos.

Para desarrollar dicho objetivo se seguirá el siguiente esquema: en primer lugar debe partirse por enunciar el nuevo derecho y el rol de los jueces; una vez entendido esto debe pasarse a exponer el marco teórico del control de constitucionalidad ; después debe explicarse que es el análisis económico del derecho y porque es la herramienta principal de investigación del presente trabajo; posteriormente se abarcará el tema de las las sentencias de constitucionalidad condicionada en donde los principales temas a desarrollar son la teoría de la separación de poderes, las funciones y límites de la Corte Constitucional, el problema de las sentencias condicionadas frente a la separación de poderes, una solución desde el Análisis Económico del Derecho, planteamiento de un modelo a seguir, por último caso práctico: Sentencia C- 075 de 2007; una vez entendido esto se pasará al segundo tema central del trabajo la modulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en donde se analizarán primero los efectos retroactivos exponiendo el marco teórico, la facultad de la Corte para fijar los efectos retroactivos de los fallos desde el análisis económico del derecho Análisis y el caso de las sentencias de tutela relacionadas con el requisito de fidelidad en la pensión de sobrevivientes. Y segundo las sentencias de inconstitucionalidad diferida en donde también se estudiará el marco teórico, la facultad de la Corte para fijar los efectos ultractivos de los fallos desde el análisis económico del derecho y se analizará la sentencia C-700 de 1999. Finalmente, se expondrán las conclusiones del trabajo.

Por último, antes de pasar al desarrollo del presente trabajo es importante dejar claro que el mismo posee como sustento empírico un estudio fáctico en el que se consideran las sentencias de constitucionalidad de la Corte emitidas en un lapso de diez (10) años -2001 a 2010-. Dicha investigación se llevo a cabo con el ánimo de analizar la actividad decisoria de la Tribunal



Constitucional Colombiano prestando especial atención a las sentencias de constitucionalidad condicionada y a los fallos de efectos temporales modulados. Como resultado de esta investigación se obtienen 10 tablas, en las que se consigna la totalidad del estudio realizado, y gráficos en los que se sistematiza la información recaudada; tanto las tablas como los gráficos se presentan como anexos al presente trabajo de grado.

## 2. EL NUEVO DERECHO Y EL ROL DE LOS JUECES

Íntimamente ligado con la actividad decisoria de la Corte Constitucional, en lo que respecta a las sentencias moduladoras de constitucionalidad y a los fallos con efectos retroactivos y ultractivos, se encuentra el *rol de los jueces* en el constitucionalismo moderno. Es así como en la actualidad el llamado neoconstitucionalismo sostiene que, en aras de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, los Tribunales Constitucionales se ven en la necesidad de superar los procedimientos previstos, y por tanto aboga por el necesario surgimiento de nuevos tipos de sentencias y categorías jurídicas<sup>2</sup>. Por este motivo, se realizará una breve referencia al denominado nuevo derecho y al rol que, según tal pensamiento, se les debe atribuir a los jueces en los actuales Estados Sociales de Derecho.

Según Miguel Carbonell, el neoconstitucionalismo es un fenómeno reciente dentro del Estado constitucional que pretende explicar las constituciones que empiezan a surgir luego de la Segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo XX. Estas constituciones contienen un gran número de normas materiales que a través de fines condicionan la actuación de los órganos o entes estatales<sup>3</sup>. Es así como un rasgo esencial de esta doctrina es específicamente la reivindicación del rol de los jueces y de las prácticas jurisprudenciales. De hecho, la actividad de las cortes constitucionales y de los tribunales en general ha mutado de forma importante<sup>1</sup>. Los jueces han comenzado a realizar sus funciones bajo nuevos parámetros y técnicas interpretativas, tales como

---

<sup>2</sup> *Ibíd.* Pág. XXVIII.

<sup>3</sup> Miguel Carbonell. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. Miguel Carbonell Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Ed., UNAM. (2007).

*“la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales(...)”<sup>4</sup>.*

El termino Constitución, de acuerdo a Ricardo Guastini<sup>5</sup>, no se refiere hoy día a la organización política garantista y liberal<sup>ii</sup>, sino que hace referencia al conjunto de normas fundamentales y esenciales que identifican a un ordenamiento jurídico<sup>6</sup>. Es así como la Constitución adquiere una trascendental fuerza vinculante, pues sus normas son susceptibles de aplicación inmediata y directa. Por lo tanto, el constitucionalismo requiere de la presencia de instrumentos jurídicos propios del control judicial constitucional que se erijan en garantías jurídicas efectivas. Los jueces adquieren entonces un nuevo rol dentro de las decisiones judiciales en virtud del cual la Constitución y sus preceptos encuentren aplicación directa en dichas decisiones<sup>7</sup>.

En esta medida, para muchos doctrinantes y constitucionalistas, dentro de los cuales se encuentra Alberto Vicente Fernández, la actividad de los jueces debe ser lo suficientemente amplia y fuerte y, por ende, los tribunales constitucionales deben tener la posibilidad de acudir a diversos y variados instrumentos jurídicos que les permitan asegurar la justicia, como valor superior, incluso si ello es en desmedro del orden y la seguridad jurídica<sup>8</sup>. De hecho Jorge Humberto Botero sostiene que *“el nuevo derecho conduce a convertir a los jueces Constitucionales, es decir, a la Corte Constitucional, y a todos los jueces y Tribunales de la República, como quiera que todos ellos pueden resolver acciones de tutela, en los protagonistas centrales del quehacer político dentro del nuevo orden constitucional. Los jueces constitucionales en el desempeño de su misión no están limitados por la incómoda regla abstracta de derecho de la ley, primordialmente sino que, por el*

---

<sup>4</sup> *Ibíd.* Pág 10.

<sup>5</sup> Riccardo Guastini. *Sobre el concepto de Constitución*. Miguel Carbonell. Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Ed., Editorial Trotta, UNAM. (2007).

<sup>6</sup> Véase: Paolo Biscaretti di Ruffia. *Diritto Costituzionale*. Ed., Jovene. 1986.

<sup>7</sup> Ronald Dworkin. *La justicia con toga*. Ed., Casa del Libro. (2007).

<sup>8</sup> Alberto Vicente Fernández. *Función creadora del juez-* Tesis Doctoral. Ed., Abeledo Perrot. (1980). Al respecto, este autor sostiene que *“La seguridad jurídica no puede separarse de las exigencias del bien común y la justicia, porque aquella consiste en asegurar lo que se considera justo y que a la sociedad de la época importa garantizar por estimarlo necesario para sus fines. Basar la seguridad en los textos, leyes y reglamentos establecidos, que deben ser aplicados por el juez mediante una técnica deshumanizada, significa la más radical negación del derecho y sus fines”*.

*contrario, están habilitados para crear la norma aplicable al caso concreto inspirados en los valores contenidos en la carta y, especialmente, en su sentido de igualdad material. No es extraño, por lo tanto, que hayan sido los propios jueces, y muy señaladamente algunos integrantes de la Corte Constitucional, los principales defensores del nuevo derecho. Esta adhesión no ha sido meramente académica; se ha plasmado en numerosas sentencias (...)*<sup>9</sup>.

En este mismo sentido, y abogando por un margen más amplio de actuación, la Corte Constitucional en la T-406 de 1996 enfatizó en la fortaleza que debe tener la actividad judicial, afirmando:

*“Una de las características más relevantes del estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez es sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la carta”*<sup>10</sup>.

Con todo, la conveniencia de tal activismo judicial no es una cuestión pacífica en la doctrina. De hecho, Javier Henao Hidrón sostiene que una modulación excesiva y desmesurada puede causar traumatismos en el ordenamiento jurídico y político, y por lo tanto la Corte Constitucional debe actuar con un esfuerzo notable para evitar que ello suceda. *“Por eso, mal puede conducir- como por desgracia ha ocurrido con algunas sentencias de repercusión nacional- a la invasión de la órbita de competencia de las otras ramas del poder público, ya sea la gubernativa o la legislativa, pues ello implica usurpación o extralimitación de funciones. Y de paso el desconocimiento de uno de los principios que le sirven de orientación, el de conservación de la norma, según el cual el juez constitucional, en lo posible, debe respetar la decisión del legislador – ordinario o extraordinario- y solo declararla inexecutable cuando no sea viable darle un contenido*

---

<sup>9</sup> Jorge Humberto Botero. Revista QUAESTIONES IURIDICAE. Pág. 14. Ed., Universidad Javeriana. (1994). Citado por Alfonso Elajch Manrique y Juan David Castillo García, Modulación de efectos en el tiempo de las sentencias de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional (Tesis de grado). <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS24.pdf>

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1996. (M.P. Hernando Herrera Vergara; Agosto 23 de 1996).

*acorde a la Constitución Política*”<sup>11</sup>. Este tipo de actuaciones serán, de hecho, analizadas con mayor profundidad en un acápite siguiente del presente estudio. Por lo tanto, la preocupación de los doctrinantes y constitucionalistas que se oponen a las nuevas atribuciones de la corte constitucional radica en resolver un interrogante “clásico”<sup>12</sup>: ¿quién vigila al vigilante cuando existen jueces “legisladores”?<sup>13</sup>.

Por consiguiente, el rol que de acuerdo al nuevo derecho deben tener los jueces constitucionales está lejos de ser un tema pacífico en la doctrina y que sin duda suscita amplias discusiones. De hecho, el debate acerca de la modulación en las sentencias y de la alteración de los efectos temporales de los fallos, es una discusión que se encuentra inserta dentro de la gran polémica que surge alrededor de la conveniencia o no del activismo judicial.

### 3. EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Vladimiro Naranjo define a la Constitución como “*el conjunto de normas fundamentales para la organización del Estado, que regulan el funcionamiento de los órganos de poder público, y que establecen los principios básicos para el ejercicio de los derechos y la garantía de las libertades dentro del Estado*”<sup>14</sup>. La Constitución Política de 1991 en su artículo cuarto establece que la Carta es “norma de normas” y ello implica, como lo expone Eduardo Prats en su obra, que la Constitución es “(...) *norma, la primera norma, norma suprema, fuente de derecho, norma vinculante y norma de aplicación directa*”<sup>15</sup>. De acuerdo a lo anterior, la Carta Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico<sup>16</sup> y es por ello que en desarrollo del principio de supremacía

---

<sup>11</sup> Javier Henao Hidrón. Derecho Procesal Constitucional. Pág. 122. Ed., Temis. (2001).

<sup>12</sup> Manuel José Cepeda Espinoza afirma que se trata en realidad de un problema *clásico* que fue, de hecho, formulado en latín como lo recuerda Mauro Cappelletti en su crítica a los jueces legisladores.

<sup>13</sup> Manuel José Cepeda Espinoza. *La ubicación de la Corte Constitucional*. Jurisdicción constitucional de Colombia: la Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas. Ed., Konrad Adenauer Stiftung. (2001).

<sup>14</sup> Vladimiro Naranjo. Teoría constitucional e instituciones políticas. Pág. 337. Ed., Temis. (2006).

<sup>15</sup> Eduardo J. Prats. Derecho Constitucional. Pág. 144. Ed., Gaceta Judicial. (2005).

<sup>16</sup> De hecho, Eduardo Prats establece que la posición jurídico normativa superior de la Constitución implica que “ las normas constitucionales constituyen una ley superior a las demás que recoge el fundamento de su validez en si misma; las normas de la Constitución son normas de normas, es decir, que constituye una fuente

constitucional es menester establecer e instituir mecanismos de control de los actos de los poderes constituidos para garantizar que los mismos no vulneren las disposiciones de la ley fundamental<sup>17</sup>.

El control constitucional, por lo tanto, es un instrumento que, junto con otras dispositivos políticos, administrativos y judiciales, encuentra su sustento ideológico en el hecho de que sea la Constitución el “*primer eslabón en la cadena normativa que integra el razonamiento jurídico sobre el cual se fundamenta el poder público*”<sup>18</sup> y la norma orientadora para cualquier operador jurídico<sup>19</sup>. Por lo tanto, los preceptos constitucionales establecen los parámetros para la creación de las demás normas del ordenamiento, en especial para la creación de las leyes. De hecho, “*el control de la constitucionalidad es la puesta en obra del principio de la separación del poder constituyente y de los poderes constituidos, para [que estos últimos] no puedan desconocer, modificar o alterar las voluntades del poder constituyente*”<sup>20</sup>. Según Juan Manuel Charry el control de constitucionalidad es “*un conjunto de procedimientos judiciales, políticos, de control y administrativos destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los límites señalados por la voluntad del constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes de los de la comunidad*”<sup>21</sup>.

En Colombia, el control de constitucionalidad está en cabeza de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, quien tiene una competencia residual (artículo 273 constitucional). Es básicamente un control concentrado precisamente porque “*la facultad de juzgar acerca de la constitucionalidad de las leyes es monopolizada por o concentrada en un único órgano, que puede ser un órgano especializado o el tribunal supremo de la jurisdicción ordinaria*”<sup>22</sup>. De hecho, los rasgos fundamentales de éste modelo, ideado por Hans Kelsen, son “*el control como una medida*

---

de producción de otras normas; la superioridad normativa de las normas constitucionales implica el principio de conformidad de todos los actos de los poderes públicos a la Constitución” . *Ibíd.*, Pág. 173.

<sup>17</sup> Diego Younes Moreno. Derecho Constitucional Colombiano. Pág. 271. Ed., Grupo Editorial Ibañez (2006).

<sup>18</sup> Eduardo J. Prats. Derecho Constitucional. Pág. 147. Ed., Gaceta Judicial. (2005).

<sup>19</sup> *Ibíd.*, Pág. 147.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, Pág. 277.

<sup>21</sup> Juan Manuel Charry. La acción de tutela. Pág. 69. Ed., Temis. (1992).

<sup>22</sup> *Ibíd.*, Pág. 280.

*técnica, la abstracción del control, la anulación del acto inconstitucional como efecto del control y la concentración del control en un tribunal que monopoliza el mismo*<sup>23</sup>. Adicionalmente, en Colombia el control puede ser automático, por vía de acción, o por vía de excepción.

Particularmente, Luis Favoreu define a la Corte Constitucional como *“una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente del contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente de aquél, como de los poderes públicos”*<sup>24</sup>. Adicionalmente, García de Enterría, al referirse a los beneficios y al rol fundamental que desempeñan los Tribunales Constitucionales afirma que su existencia *“afianza y arraiga el papel rector de la Constitución en el arbitraje social, extiende, por tanto, el rol del Derecho en la vida política y colectiva y de ello surgen capitales beneficios para los sistemas políticos y para las sociedades que dentro de ellos viven. Esto es un hecho, por de pronto, que por sí solo refuta el convencional catálogo de objeciones teóricas a la justicia constitucional”*<sup>25</sup>

La creación de la Corte Constitucional Colombiana con la Constitución de 1991, como la cabeza de la jurisdicción constitucional es un acto que sin duda refuerza el valor normativo de la misma Carta. Tal órgano, tiene la función principal de asegurar la integridad y la supremacía de la ley fundamental<sup>26</sup>. Adicionalmente, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano la Corte debe tener el número impar de miembros que determine la ley (artículo 239 constitucional); y según la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, *“la Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y de la supremacía constitucional en los términos de los artículos 241 a 244 de la Constitución”*. Por lo tanto, tal organismo es el encargado de garantizar que *“el contenido de la Constitución subsistirá siempre por la consagración de un procedimiento jurídico especial*

---

<sup>23</sup> Eduardo J. Prats. Derecho Constitucional. Pág. 295. Ed., Gaceta Judicial. (2005).

<sup>24</sup> Louis Favoreu. Les cour constitutionnelles. Pág. 3. Ed., Presses Universitaires de France. (1992). Citado por Javier Tobo Rodríguez. La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia. Pág. 84. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. (1998).

<sup>25</sup> Eduardo García de Enterría. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Pág. 86. Ed, Civitas. (1963).

<sup>26</sup> Edgar Solano González. Sentencias manipulativas e interpretativas y el respeto a la democracia en Colombia. Pág. 13. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2000).

organizado para el efecto (...), que es la mejor garantía que tienen los derechos de las personas, los cuales constituyen una limitación del poder público del Estado (...)”<sup>27</sup>. Específicamente, la Corte es aquella que decide sobre las demandas de inconstitucionalidad realizadas sobre los actos reformativos de la Carta, las leyes, los decretos con fuerza de ley (expedidos por el Gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias) y sobre los decretos expedidos por el gobierno en virtud de los estados de excepción.

Particularmente, y en aquello que para efectos del estudio a realizar interesa, el control de constitucionalidad de las leyes, tiene como finalidad que el juez constitucional establezca si la norma bajo examen es conforme o no con el texto constitucional<sup>28</sup>, ya sea por vicios de procedimiento o por vicios materiales<sup>29</sup>. En este sentido, su función principal es “*determinar la constitucionalidad de las leyes como tales*”<sup>30</sup> es decir, que la Corte por medio del control debe analizar y revisar si las normas o leyes “*se oponen a los mandamientos constitucionales*”<sup>31</sup>.

Adicionalmente es importante referirse al funcionamiento de la interpretación constitucional precisamente cuando se está desarrollando el control de constitucionalidad. “*La interpretación de la Constitución ha adquirido entre nosotros una importancia de primer orden*”<sup>32</sup> lo que implica “*la necesidad de reflexionar seriamente sobre la forma como deben ser interpretadas las normas constitucionales*”<sup>33</sup>; pues como hemos visto la “*Constitución es una ley*

---

<sup>27</sup> Jacobo Pérez Escobar. Derecho Constitucional Colombiano. Pág. 47. Ed., Temis. (2004).

<sup>28</sup> Para Abraham Sánchez Sánchez el juicio de constitucionalidad que desarrolla la Corte tiene repercusiones políticas en la medida en que garantiza la libertad política del legislador. Ello se explica si se considera que la Corte realiza un control de límites en la medida en que “*la precisión de las disposiciones constitucionales restringe el ámbito de acción del legislador tornando más estricto el control, al paso que una mayor laxitud en la delimitación de las figuras o incluso el silencio del Constituyente acerca de algún aspecto resultan más propicios a la existencia de diferentes opiniones regulativas brindadas al Congreso (...)*”. Véase Abraham Sánchez Sánchez. Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia. Pág. 126. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. (2005).

<sup>29</sup> Edgar Solano González. *La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. en Julio Alexei. Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Pág. 523. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2007).

<sup>30</sup> Francisco Balaguer Callejón. Derecho Constitucional. Pág. 231. Ed., Tecnos. (2003).

<sup>31</sup> Ibidem, Pág. 231.

<sup>32</sup> Ibidem, Pág. 239.

<sup>33</sup> Ibidem, Pág. 239.

*material superior*”<sup>34</sup> por lo tanto, “*sus normas o disposiciones deben ser interpretadas cuando quiera que su sentido y alcance ofrezca ambigüedad, oscuridad, contradicción con otras normas*”<sup>35</sup>; es decir que “*la interpretación de una norma conforme a la Constitución es, pues, “acomodar” su contenido a los principios y preceptos de la Constitución*”<sup>36</sup>. Dicha interpretación persigue ciertos fines específicos<sup>37</sup> y debe seguir unos principios muy estrictos<sup>38</sup>. También debe aclararse que en ningún caso la interpretación debe ser arbitraria, debe ser una interpretación “reglada o pautada”<sup>39</sup>. Así nos dice Canosa Usera que “*el intérprete supremo de la Constitución no es libre de interpretar la Carta como quiera, sino que está constreñido por un método*”<sup>40</sup>. En Colombia no se ha implementado un solo método, “*por el contrario, suelen combinar el uso de los distintos métodos, dependiendo del caso puesto a su consideración*”<sup>41</sup>. Sin embargo, esto no implica que no goce de cierta discrecionalidad para poder adaptar las “*normas a las circunstancias cambiantes de la vida política, económica y social de determinado momento*”<sup>42</sup>, no obstante en ningún caso puede la función del juez quedar “*equiparada a la del legislador*”<sup>43</sup>. Al final del proceso de interpretación se puede llegar a diferentes resultados<sup>44</sup>.

---

<sup>34</sup> Jacobo Pérez Escobar. Derecho Constitucional Colombiano. Pág. 89. Ed., Temis. (2004).

<sup>35</sup> Ibidem, Pág. 89.

<sup>36</sup> Eduardo García Enterría. Curso de Derecho Administrativo. Pág. 84. Ed., Temis. (2008).

<sup>37</sup> Deducir del texto una norma aplicable, Permitir la actuación práctica del ordenamiento constitucional, Integración del ordenamiento constitucional, Control formal de la regularidad de las leyes y otros actos y control sustancial del contenido de los mismos, Elegir la solución más correcta desde un punto de vista constitucional, defensa de la fórmula política de la Constitución. (Jacobo Pérez Escobar. Derecho Constitucional Colombiano. Pág. 89. Ed., Temis. (2004)).

<sup>38</sup> Unidad de la Constitución, Concordancia práctica, Eficiencia integradora de la Constitución, Fuerza normativa de la constitución, Continuidad interpretativa, Previsión de las consecuencias de las decisiones, Prevalencia de la finalidad de la Constitución, Principio de adaptación a las situaciones del momento, Principios generales del derecho. (Ibidem. Pág. 89).

<sup>39</sup> Ibidem, Pág. 89

<sup>40</sup> Ibidem, Pág. 89

<sup>41</sup> Iván Vila Casado. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Pág. 285. Ed., Legis. (2007).

<sup>42</sup> Jacobo Pérez Escobar. Derecho Constitucional Colombiano. Pág. 90. Ed., Temis. (2004)

<sup>43</sup> Javier Tobo Rodríguez. La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia. Pág. 149. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. (1998).

<sup>44</sup> “Interpretación Declarativa, Interpretación Extensiva, Interpretación Restrictiva, Interpretación Modificadora y por último Interpretación Abrogatoria” Jacobo Pérez Escobar. Derecho Constitucional Colombiano. Pág. 89. Ed., Temis. (2004).



En este orden de ideas, el control se lleva a cabo “*según métodos jurisdiccionales y decide en forma de sentencia*”<sup>45</sup>. Es así como, mediante este acto procesal<sup>46</sup>, “(...) *la Corte resuelve con carácter definitivo y con efectos erga omnes, aquello que se ha puesto a su consideración según los mecanismos de referencia, es decir, si la normatividad examinada se aviene a la Constitución o la desobedece o contradice*”<sup>47</sup>. Los resultados de la sentencia pueden ser diferentes, en primer lugar puede darse la constitucionalidad de la ley, es decir que una vez ejercido el control la Corte encuentra que no hay una contradicción entre la norma superior y la inferior, caso en el cual la disposición es exequible. En segundo lugar, una vez terminada la interpretación la Corte puede encontrar que entre la norma demandada y la Constitución si hay una contradicción y por lo tanto se declara la inconstitucionalidad, lo que implica que la norma demandada es sacada del ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, es importante referirse a que la sentencia constitucional tiene en efectos erga omnes, es decir que tiene plenos efectos frente a todos<sup>48</sup>, y hace tránsito a cosa juzgada constitucional<sup>49</sup>. Esto último, a la luz del artículo 243 constitucional, implica que sobre la cuestión analizada no puede hacer pronunciamientos posteriores, por un lado, y por el otro, como se dijo anteriormente, que “*la disposición declarada inexecutable por razones de fondo no puede ser*

---

<sup>45</sup> Abraham Sánchez Sánchez. Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia. Pág 78. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. (2005).

<sup>46</sup> Para Eduardo Pratz las sentencias constitucionales “son aquellas dictadas por la Suprema Corte de justicia en ocasión del control concentrado y abstracto (...). Son sentencias dictadas en instancia única porque no son susceptibles de ningún recurso y definitivas porque ponen fin a un proceso”. Véase Eduardo J. Prats. Derecho Constitucional. Pág. 349. Ed., Gaceta Judicial. (2005).

<sup>47</sup> José G. Hernández. Poder y Constitución el actual constitucionalismo colombiano. Pág. 351. Ed., Legis. (2001).

<sup>48</sup> Humberto A. Sierra Porto. Sentencias de inconstitucionalidad: jurisdicción española. Ed., Universidad Externado de Colombia. (1995).

<sup>49</sup> Aunque dentro del análisis realizado no cabe realizad una reflexión a fondo sobre los alcances y efectos de la cosa juzgada constitucional si es menester al menos establecer que es posible distinguir entre la cosa juzgada absoluta, por la cual se entiende que la Corte en ha examinado de forma exhaustiva la disposición demandada y por lo tanto respecto de la misma no cabe un nuevo pronunciamiento; y la cosa juzgada relativa, en virtud de la cual el análisis realizado en el examen de constitucionalidad se ha limitado a ciertos aspectos, sin que se hayan agotado todas las posibles contradicciones con la normatividad constitucional por lo cual es posible un nuevo pronunciamiento en el que se estudien aspectos no tratados. Véase José G. Hernández. Poder y Constitución el actual constitucionalismo colombiano. Pág. 353. Ed., Legis. (2001).

*revivida, reproducida ni aplicada por autoridad alguna*”<sup>50</sup>. Cabe aclarar que la sentencia proferida por la Corte Constitucional produce efectos desde que se han cumplido todos los actos procesales, es decir, desde que la misma está ejecutoriada<sup>51</sup>.

A pesar de que el control de constitucional de las leyes implica, en una primera visión, la declaración de exequibilidad o inexecuibilidad de la norma estudiada, las decisiones de la Corte son en realidad mucho más complejas. De hecho la Corte, a modo de ejemplo profiere sentencias interpretativas, integradoras, de exequibilidad diferida, cuestión que será estudiada posteriormente. En esta medida, dichas actuaciones han llevado a la doctrina a afirmar que la Corte va mucho más allá de la función que deriva del rol del simple legislador negativo, planteada por Hans Kelsen<sup>52</sup>. De hecho, la determinación de los límites de la Corte Constitucional es sin duda un tema difícil y complejo ya que *“ni la Carta Política ni la ley contienen disposición alguna que expresa o implícitamente le haya encomendado a una entidad o dependencia pública determinada, la misión de mantener en cintura a ese alto tribunal”*<sup>53</sup>, lo que sin duda no significa que la corporación no tenga ciertos límites. Toda esta discusión se inserta dentro de la posibilidad discrecional, y hoy en

---

<sup>50</sup> *Ibidem*. Pág. 352.

<sup>51</sup> Humberto A. Sierra Porto. Sentencias de inconstitucionalidad: jurisdicción española. Pág. 40. Ed., Universidad Externado de Colombia. (1995). En todo caso, considerando el debate suscitado por el tema, resulta importante hacer una referencia sobre alcance de los comunicados de prensa de la Corte Constitucional. En principio tales comunicados no implican una notificación formal de la sentencia (el trámite previsto para el acto propio de notificación de las sentencias de constitucionalidad está establecido en el artículo 16 del Decreto 2067 de 1991). Mediante los mismos la Corte comunica y da publicidad al sentido de sus fallos. Con todo *“la jurisprudencia constitucional ha destacado que, si bien la comunicación o divulgación de las providencias, en especial de su parte resolutive, no constituye un mecanismo formal de notificación de las decisiones judiciales, sí se convierte en una herramienta idónea para informar a la comunidad acerca de las decisiones que, en ejercicio de su funciones constitucionales y legales, le corresponde adoptar a la Corporación”* ([http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/COMUNICADO%20A%20LA%20OPINION%20PUBLICA%20\(COMUNICADOS%20DE%20PRENSA\).pdf](http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/COMUNICADO%20A%20LA%20OPINION%20PUBLICA%20(COMUNICADOS%20DE%20PRENSA).pdf)). Véase además el Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, octubre 2 de 2009).

<sup>52</sup> Edgar Solano González. *La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. en Julio Alexei. Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Pág. 18. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2007).

<sup>53</sup> Juan Carlos Esguerra Portocarrero, “Nuestro control de constitucionalidad no tiene controles , pero ciertamente tiene límites”, Ricardo Sanín Restrepo, Justicia constitucional, El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo, Bogotá, Legis, 2006, p. 82

día discutida por muchos sectores de la doctrina, que tiene la Corte Constitucional de modular tanto sus sentencias como los efectos de sus fallos.

#### **4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO HERRAMIENTA DE ANÁLISIS**

Teniendo claro el control de constitucionalidad es menester ahora pasar a explicar el Análisis Económico del derecho pues, su entendimiento es fundamental ya que será la herramienta de análisis que servirá para dar una solución a las problemáticas que se expondrán posteriormente respecto de las sentencias de constitucionalidad condicionadas y de modulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.

Así las cosas, aproximadamente en 1960 surgió en Estados Unidos una nueva metodología de análisis de las instituciones jurídicas denominada el Análisis Económico del Derecho y sus principales precursores podría decirse que son Ronald Coase, Guido Calabresi y Richard Posner<sup>54</sup>. Este nuevo instrumento analítico busca “aplicar *los métodos de la ciencia económica al Derecho*”<sup>55</sup>. Con mayor precisión puede ser definido como “*la aplicación de la teoría económica y los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, proceso y el impacto de la ley y las instituciones legales*”<sup>56</sup>.

Una vez entendida la definición es importante ahora establecer cuáles son los principales fines que persigue esta herramienta analítica los cuales se pueden resumir de la siguiente forma: en primer lugar el Análisis Económico del Derecho “*se concibe como una ideología, (...), la cual pretende abordar el estudio del derecho con el único propósito de alcanzar la eficiencia del sistema normativo*”<sup>57</sup>, en otras palabras “*se preocupa por la asignación eficiente de recursos escasos*”<sup>58</sup>. En

---

<sup>54</sup> Alfredo Bullard Gonzáles. Derecho y Economía el análisis económico de las instituciones legales Pág. 41. Ed., Palestra. (2009).

<sup>55</sup> *Ibidem*. Pág. 41.

<sup>56</sup> Charles Rowley. Public Choise and the Economic Analysis of the Law. Law and Economics. Pág. 45. Ed., Kluwer Academic Press. (1989).

<sup>57</sup> Horacio Spector. Elementos de Análisis Económico del Derecho. Pág. 21. Ed., Rubinzal – Culzoni Editores. (2004).

<sup>58</sup> *Ibidem*. Pág. 21.

segundo lugar, “pretende tener una función normativa cuando influye en una construcción eficiente de las instituciones”<sup>59</sup>. En tercer lugar, “lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas”<sup>60</sup>, partiendo del hecho que los seres humanos “tratan de maximizar beneficios y minimizar costos [con el menor esfuerzo]”<sup>61</sup>. Lo anterior, permite encontrar fórmulas que predican o al menos presumen como se comportarán los individuos ante determinados incentivos o cambios <sup>62</sup>. Por último, para el Análisis Económico del Derecho “las instituciones legales no son elementos aislados del sistema económico, sino que, por el contrario, son variables inmersas en él”<sup>63</sup>, en este orden de ideas “busca determinar cuáles son los efectos de cambiar una o más leyes o instituciones teniendo en cuenta las demás variables presentes en el sistema económico y suponiendo que el sistema legal es una variable de análisis y no un complemento de una realidad”<sup>64</sup>. Finalmente, se busca ver al Derecho “Desde otra perspectiva, una más realista y orientada hacia la realidad”<sup>65</sup>

Ahora bien, estos fines han sido desarrollados de forma distinta por cada uno de los autores y escuelas dedicados a estudiar y aplicar el Análisis Económico del Derecho dentro de las principales se encuentra la Escuela de Chicago, La Escuela Institucionalista, La Escuela de New Haven y La Escuela de la Elección Pública.

Teniendo clara la definición y los fines perseguidos por el Análisis Económico del Derecho es menester mencionar porqué es una metodología que se implementa cada día con mayor fuerza, y porque fue el instrumento de análisis escogido para el estudio en desarrollo, las razones son las siguientes: En primer lugar, “(...) no es posible entender las instituciones jurídicas únicamente con

---

<sup>59</sup> Jorge Vargas Jaramillo con Alfonso Parra Ossa. La Constitución Colombiana 1991: Economía y Análisis Económico de la Jurisprudencia en la Corte Constitucional. Contexto. (2001). At. 4.

<sup>60</sup> Alfredo Bullard Gonzáles. Derecho y Economía el análisis económico de las instituciones legales 2da. Edición. Pág. 41. Ed., Palestra. (2009).

<sup>61</sup> *Ibidem*. Pág. 41.

<sup>62</sup> *Ibidem*. Pág. 41.

<sup>63</sup> Carlos Pablo Márquez Escobar. Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho. Pág. 107. Ed., Javergraf. (2005).

<sup>64</sup> *Ibidem*. Pág. 107.

<sup>65</sup> Alfredo Bullard Gonzáles. Derecho y Economía el análisis económico de las instituciones legales. Pág. 49. Ed., Palestra. (2009).

*argumentos legales*”<sup>66</sup> pues, es crucial establecer “(...)las consecuencias que producen para los miembros de la sociedad” las normas , así como también las decisiones judiciales. Segundo, “conocer los beneficios y costos de las normas jurídicas es indispensable para la obtención de cualquier resultado socialmente valioso”<sup>67</sup>. En tercero lugar y teniendo en cuenta que este estudio tiene como base decisiones judiciales, se debe resaltar porque los jueces deben implementar como herramienta de análisis el Análisis económico del derecho. Así las cosas, debe entenderse que “Es a través de la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto que ésta se convierte en realidad”<sup>68</sup> por ende, “las normas jurídicas sustantivas no podrían cumplir sus funciones económicas (ni las de otro tipo) si no existiera un sistema judicial capaz de aplicar esas normas de un modo a su vez eficiente”<sup>69</sup>. Con todo, “es razonable y conveniente utilizar los métodos del análisis económico del derecho, entre otros criterios a ponderar en los fallos de la Corte Constitucional”<sup>70</sup>. En últimas, es una herramienta fundamental para el nuevo desarrollo y evolución del Derecho pues, “si uno quiere regular conducta, aprender a predecirla es de suma utilidad”<sup>71</sup>. En este orden de ideas, “Saber el impacto de una Ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura permite poner al Derecho en contexto de realidad”<sup>72</sup>. En conclusión, son todas las razones expuestas anteriormente el sustento de porqué se escogió el Análisis Económico del Derecho como herramienta para estudiar las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y de este modo dar una solución práctica a las diferentes hipótesis planteadas.

---

<sup>66</sup> Juan Torres López. Análisis Económico del Derecho. Pág. 24. Ed., Tecnos. (1987).

<sup>67</sup> Horacio Spector. Elementos de Análisis Económico del Derecho. Pág. 21. Ed., Rubinzal – Culzoni Editores. (2004).

<sup>68</sup> Alfredo Bullard Gonzáles. Derecho y Economía el análisis económico de las instituciones legales. Pág. 52. Ed., Palestra. (2009).

<sup>69</sup> Horacio Spector. Elementos de Análisis Económico del Derecho. Pág. 21. Ed., Rubinzal – Culzoni Editores. (2004).

<sup>70</sup> Jorge Vargas Jaramillo, Alfonso Parra Ossa. La Constitución Colombiana 1991: Economía y Análisis Económico de la Jurisprudencia en la Corte Constitucional. Contexto. 2001. At. 4.

<sup>71</sup> Alfredo Bullard Gonzáles. Derecho y Economía el análisis económico de las instituciones legales. Pág. 41. Ed., Palestra. (2009).

<sup>72</sup> *Ibidem*. Pág. 41.

## 5. LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA

El modelo de control de constitucionalidad planteado por Kelsen “*sólo admitía sentencias simplemente declarativas. El tribunal constitucional “sólo podía decidir si la norma enjuiciada estaba o no ajustada a la Constitución*”<sup>73</sup>” es decir, que las Cortes sólo tenían como única posibilidad declarar la exequibilidad o inexecuibilidad de las disposiciones demandadas. Sin embargo, las cosas cambiaron después de la Segunda Guerra Mundial cuando en Europa se empezaron a adoptar constituciones con fuerza normativa, situación que llevó a los tribunales constitucionales a “*permitir la modulación de las sentencias cuando se hace necesario, para asegurar de la mejor manera posible la integridad y supremacía de la Constitución*”<sup>74</sup>. En este orden de ideas, “*La modulación de sentencias es la técnica utilizada por los jueces, generalmente en sede del control de constitucionalidad, para determinar el sentido o sentidos en que debe o no ser interpretada una disposición*”<sup>75</sup>, para que la misma se ajuste a la Constitución y pueda permanecer en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, esta técnica implementada por los jueces debe fundarse y garantizar “*los principios de conservación de las normas e interpretación conforme a la Constitución*”<sup>76</sup> pues, en todo momento se debe velar y salvaguardar el principio de seguridad jurídica que es el principal argumento que las justifica.<sup>77</sup> Con base en la explicación anterior, la modulación de sentencias a simple vista parece un concepto fácil de entender y aplicar sin embargo, las sentencias interpretativas no son la única forma de sentencias moduladoras sino que hay una clasificación más compleja de las mismas que se prosigue a enunciar a continuación: primero están las Sentencias interpretativas o condicionales las cuales “*buscan (...) preservar la obra legislativa, eliminando sólo las eventuales interpretaciones y aplicaciones que puedan ser consideradas*

---

<sup>73</sup> Iván Vila Casado. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Pág.277. Ed., Legis. (2007)

<sup>74</sup> *Ibidem*. Pág. 277.

<sup>75</sup> Lina Marcela Escobar Martínez. La Modulación de Sentencias. Una antigua práctica europea. Vniversitas. Julio-diciembre de 2006. At. 91

<sup>76</sup> *Ibidem*. Pág. 91.

<sup>77</sup> Hernán Alejandro Olano García. Tipología De Nuestras Sentencias Constitucionales. Vniversitas. Julio-diciembre de 2004. At. 571.

*contrarias al orden jurídico*<sup>78</sup> es decir, “*el texto de la norma subsiste con un criterio de interpretación constitucionalmente admisible*”<sup>79</sup>. En segundo lugar, están las Sentencias integradoras o aditivas, las cuales se caracterizan porque “*la Corte no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional*”<sup>80</sup>. Lo que sucede en este caso es que la norma acusada es inconstitucional no por su contenido en si sino por “*no haber previsto determinados aspectos, que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución*”<sup>81</sup>, por lo tanto, para adecuar la norma a la Constitución lo que hace la Corte en este caso es añadir aquello que considera que faltó para que la misma fuera constitucional. En tercer lugar, están las Sentencias sustitutivas que consisten en expulsar “*del ordenamiento jurídico una disposición acusada, y [sustituir] el vacío normativo por una regulación específica*”<sup>82</sup>. En este orden de ideas, lo que la Corte hace en este caso es declarar inexecutable la totalidad de una norma acusada y en la misma sentencia indica la nueva norma que a su juicio se ajusta a la Constitución para así llenar el vacío legislativo que genera la expulsión del ordenamiento de la primera. Por último, están las Sentencias apelativas o exhortativas que son aquellas en donde la Corte para ajustar la norma acusada al ordenamiento jurídico le hace “*recomendaciones o directrices al órgano legislativo*”<sup>83</sup> para que este en un tiempo determinado haga las modificaciones necesarias a la norma. De lo contrario, si no lo hace “*podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva*”<sup>84</sup>.

Teniendo claro lo anterior es importante ahora para el estudio en desarrollo aclarar por qué la Corte tiene la facultad de pronunciarse y decidir en sentencias de constitucionalidad condicionada y cuál ha sido la posición del Tribunal Constitucional frente al particular. Al respecto, cabe aclarar que ha sido la misma Corporación “*apoyándose en la facultad de señalar los efectos de sus propios*

---

<sup>78</sup> *Ibíd.* Pág. 571.

<sup>79</sup> *Ibíd.* Pág. 571.

<sup>80</sup> *Ibíd.* Pág. 571.

<sup>81</sup> *Ibíd.* Pág. 571.

<sup>82</sup> *Ibíd.* Pág. 571.

<sup>83</sup> *Ibíd.* Pág. 571.

<sup>84</sup> *Ibíd.* Pág. 571.

*fallos*”<sup>85</sup> quien ha indicado que, “*se encuentra autorizada para adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, ya que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte le compete decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra la ley*”<sup>86</sup>. También, es evidente que en ningún momento la Carta establece que se debe mantener o expulsar una disposición obligatoriamente, sino que deja la posibilidad que sea la Corte quien decida a su juicio lo que más convenga al ordenamiento jurídico y sobre todo a salvaguardar la seguridad jurídica y la primacía de la Constitución.

Así las cosas, la Corte Constitucional colombiana ha acogido la tendencia de las sentencias moduladoras así lo expresa Manuel José Cepeda “*las sentencias con condicionamientos , es decir, que declaran exequible una ley siempre y cuando sea interpretada en determinado sentido compatible con la Constitución y no en otro, incompatible con normas superiores, son de vieja data*”<sup>87</sup>. Dichas sentencias, “*se producen como consecuencia del principio de la interpretación conforme a la Constitución, según el cual una ley no debe ser declarada inconstitucional cuando cabe una interpretación que se ajuste a la Constitución*”<sup>88</sup>. Es la Corte quien indica en el fallo la *interpretación que se le debe dar para que pueda ser constitucional, de lo contrario “cualquier interpretación contraria la torna inconstitucional”*<sup>89</sup>.

Siguiendo este mismo lineamiento, ha sido la misma Corte Constitucional la que ha dado la siguiente definición del proceso de modulación “*la modulación del fallo constitucional no se refiere sino a la adecuación teórico jurídica de la norma infraconstitucional con la disposición*

---

<sup>85</sup> Abraham Sánchez Sánchez. Sentencias Interpretativas y Control de Constitucionalidad en Colombia. Pág. 94. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. (2005).

<sup>86</sup> *Ibidem*. Pág. 94.

<sup>87</sup> Manuel José Cepeda Espinosa. Poder y Constitución el actual constitucionalismo colombiano. Pág. 126. Ed., Legis.(2001).

<sup>88</sup> Iván Vila Casado. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Pág.277. Ed., Legis. (2007).

<sup>89</sup> *Ibidem*. Pág. 278.



*superior*<sup>90</sup>”. Es decir que, la Corte delimita el contenido de cierta norma, con el objetivo de preservarla dentro del ordenamiento jurídico, sin que esta atente contra los principios constitucionales. Por otro lado, “*el desarrollo jurisprudencial sobre la materia permite observar que la Corte ha recurrido a distintas modalidades en sus determinaciones como: i) las sentencias interpretativas o condicionadas, ii) las sentencias integradoras como las aditivas, y iii) las sentencias de inexecutable diferida o de constitucionalidad temporal*”<sup>91</sup>. Con todo, el Tribunal ha sido enfático al establecer que continuará tomando este tipo de decisiones pues, “*la posibilidad de modular los efectos de sus sentencias es, precisamente, una de las herramientas más valiosas con las que cuenta la Corte Constitucional para poder tomar una decisión que le permita proteger la Constitución de una violación que se le ha infringido, pero sin afectar gravemente otros valores constitucionales que se podrían ver en juego*”<sup>92</sup>. Así las cosas, “*la modulación de los efectos de los fallos y las sentencias interpretativas son una práctica arraigada en el derecho constitucional colombiano*”<sup>93</sup>

Por último, podemos entonces concluir que con el condicionamiento de las sentencias “*se introduce en la dinámica jurídica, una valoración, un resultado no previsto en la ley o, si previsto, no alcanzado por ningún otro interprete, una modificación en las relaciones humanas en virtud de una sentencia que no es mera aplicación del precepto jurídico. (...) Hay función creadora cuando el juez incorpora un nuevo concepto a la ley, manipula su contenido dándole un nuevo sentido, o ante una laguna del derecho, una norma oscura o injusta, decide llenar la laguna o hacer justicia en contra de la ley. Sin duda una nueva norma aparece, que influirá en la sociedad, la cual acepta*

---

<sup>90</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 1153 de 2005 (M. P Marco Gerardo Monroy Cabra: Noviembre 11 de 2005).

<sup>91</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 252 de 2010 (M. P Dr. Jorge Iván Palacio Palacio: Abril 16 de 2010).

<sup>92</sup> *Ibíd.*

<sup>93</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-109 de 1995 (M.P DR. Alejandro Martínez Caballero: Marzo 15 de 1995).

*como justa una sentencia que dio respuesta a los requerimientos sociales, insistentes ante los vacíos del legislador”<sup>94</sup>.*

Después de haber analizado el aspecto teórico de las sentencias de constitucionalidad condicionadas y teniendo en cuenta el estudio empírico realizado es fundamental resaltar que este tipo de decisiones son tomadas por la Corte de forma reiterada pues, entre los años 2001 y 2010 en un total de 2723 el 16% tienen al menos una decisión de constitucionalidad condicionada. Además, del total de sentencias condicionadas un 54% fueron interpretativas, un 45% fueron de las que agregan requisitos y un 1% fueron sustitutivas. Lo anterior determina la importancia del estudio de la hipótesis central que se prosigue a desarrollar a continuación.<sup>95</sup>

### **5.1 La teoría de la separación de poderes: un principio en evolución.**

Teniendo claro que son las sentencias de constitucionalidad condicionadas y antes de pasar al estudio central de la hipótesis que se plantea es fundamental hacer una breve exposición de la teoría de la separación de poderes.

Es evidente que *“Para quienes abrimos los ojos en un mundo profundamente distinto del que rehicieron los pensadores y reformistas de la segunda mitad del siglo XVIII, es difícil comprender hasta qué punto fueron novedosos y audaces esos principios y cuán fuertes tenían que ser las resistencias que se oponía a su implantación”<sup>96</sup>*. Es por esta razón, y para poder entender y resolver el problema planteado, que vale la pena adentrarse en el estudio de la separación de poderes, y así poder reflexionar sobre la realidad que hoy nos cobija.

Como consecuencia del absolutismo monárquico que se perpetuó en la mayoría de Estados europeos durante los siglos XVI, XVII, XVIII y mitad del XIX, y *“cuyo principal elemento definidor desde el punto de vista institucional será la extremada concentración del poder en manos*

---

<sup>94</sup> <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS24.pdf>. (1999)

<sup>95</sup> Estos resultados se obtuvieron de las tablas de análisis empírico y de los gráficos realizados, que se presentan como anexo.

<sup>96</sup> Hamilton, H. Madison & J. Jay. El Federalista. Pág. Ed., Fondo de Cultura Económico. (1994).

*del monarca y sus agentes*<sup>97</sup> es que los pensadores del “Siglo de las luces” tuvieron dentro de sus principales necesidades y propósitos la reflexión sobre las diferentes formas de “controlar, frenar, y dividir el poder”<sup>98</sup>. Para ellos era de vital importancia “salvaguardar la libertad”<sup>99</sup> que tanto añoraban. Fueron muchos los ilustrados que dentro de sus obras trataron el tema de la separación de poderes entre ellos el escritor inglés John Locke; sin embargo a quien se le atribuye hoy en día el desarrollo de esta teoría es a Montesquieu, gracias a su “*elaboración doctrinaria popularizada*”<sup>100</sup>, “*El Espíritu de las Leyes*” publicada en 1758. Los postulados propuestos por el autor frente a la separación de poderes “*se contiene esencialmente en el Capítulo VI de Libro XI de su obra*”<sup>101</sup>, el cual expone principalmente lo siguiente: “*Hay en cada Estado tres clases de poderes*”<sup>102</sup>, “*el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre los particulares*”<sup>103</sup>, (el legislativo, el ejecutivo, el judicial), y cada poder se caracteriza por la función que se le asigna en la Constitución. Según Montesquieu “*Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principalmente, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes*”<sup>104</sup>. Es así como quedó establecida “*una trilogía de órganos estatales cuyo conjunto encarnaba el poder estatal*”<sup>105</sup>, en donde lo principal fue la creación del “*sistema de coordinación y de equilibrio orgánico, de pesos y contrapesos*”<sup>106</sup>, cuya principal finalidad es mantener la libertad y evitar los abusos de poder; “*el poder frena al poder*”<sup>107</sup>.

Una vez expuesta la teoría de Montesquieu, es importante para la comprensión de la evolución histórica de la separación de poderes y su incidencia en la construcción del Estado

---

<sup>97</sup> Roberto I. Blanco Valdes, *El valor de la Constitución*. Pág. 23. Ed., Alianza. (1994)

<sup>98</sup> *Ibidem*. Pág. 23.

<sup>99</sup> Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Pág 168. Ed., Sarpe. (1984).

<sup>100</sup> Miguel M. Padilla. *Derecho Constitucional, organización del Estado*. Pág. 13. Ed., Abeledo - Perrot S.A. (1998).

<sup>101</sup> Roberto I. Blanco Valdes, *El valor de la Constitución*. Pág. 60. Ed., Alianza. (1994)

<sup>102</sup> Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Pág 168. Ed., Sarpe. (1984).

<sup>103</sup> *Ibidem*. Pág. 169.

<sup>104</sup> *Ibidem*. Pág.

<sup>105</sup> Miguel M. Padilla. *Derecho Constitucional, organización del Estado*. Pág. 13. Ed., Abeledo - Perrot S.A. (1998).

<sup>106</sup> Roberto I. Blanco Valdes, *El valor de la Constitución*. Pág. 73. Ed., Alianza. (1994)

<sup>107</sup> *Ibidem*. Pág. 73.

Moderno constitucional, estudiar como la misma fue aplicada pero a la vez modificada en la Constitución americana de 1787, ya que la mencionada constitución es un claro ejemplo de los grandes cambios que hubo en los siglos XVIII y XIX.

El principio de la separación de poderes no fue expresamente consagrado en dicha Constitución, sin embargo “*recorre todo el texto constitucional*” y “*recoge un esquema relativamente rígido de separación de poderes, que parte de atribuir a órganos diferentes cada una de las tres grandes funciones del Estado (legislativa, ejecutiva y judicial)*”<sup>108</sup>, siendo así evidente la influencia de los principios consagrados en *El Espíritu de las Leyes*”. Por otro lado, se evidencia también “*la necesidad de coordinar los poderes con la finalidad de establecer un control recíproco entre ellos*”<sup>109</sup>. Pero “*Los Padres Fundadores*”, fueron mucho más lejos que lo propuesto por Montesquieu y establecieron una serie de excepciones constitucionales “*a ese principio de especialización funcional*”<sup>110</sup> pues, lo que buscaban era “*garantizar un verdadero equilibrio y contra peso de poderes*”<sup>111</sup>. Pero para entender básicamente qué fue lo que consagraron, es menester estudiar lo mencionado al respecto en el famoso libro de Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*.

Frente al particular la señalada obra dice lo siguiente: “*la conservación de la libertad exige que los tres grandes departamentos del poder sean separados y distintos*”<sup>112</sup> y a la vez deben cooperar y controlarse entre sí. Sin embargo a pesar de que es evidente el establecimiento del axioma “*no hay un solo caso en que los departamentos del poder se hayan conservado completamente aislados y distintos*”<sup>113</sup>; por lo tanto, siendo conscientes de dicha realidad es menester establecer “*medidas prácticas para que cada uno pueda defenderse contra las*

---

<sup>108</sup> *Ibíd.* Pág. 89.

<sup>109</sup> *Ibíd.* Pág. 92.

<sup>110</sup> *Ibíd.* Pág. 92.

<sup>111</sup> *Ibíd.* Pág. 73.

<sup>112</sup> Hamilton, H. Madison & J. Jay. *El Federalista*. Pág. 206. Ed., Fondo de Cultura Económico. (1994).

<sup>113</sup> *Ibíd.* Pág. 206.

*extralimitaciones de los otros*”<sup>114</sup>, pues para todos es claro y evidente que “ *el poder tiende a extenderse y que se le debe refrenar eficazmente para que no pase de los límites que se le asignen*”<sup>115</sup>. A este propósito la pregunta que surge es si una simple enunciación de los límites en la Constitución es suficiente y la respuesta es negativa: “*la sola determinación en un pergamino de los límites constitucionales de los varios departamentos no es suficiente salvaguardia contra las usurpaciones*”<sup>116</sup>. Así las cosas, lo que se propone como solución es “*dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás*”<sup>117</sup>. El precedente aporte es tal vez el más importante del constitucionalismo americano de finales del siglo XVIII.

Una vez estudiados los importantes aportes históricos al constitucionalismo actual tanto de Montesquieu como de los constituyentes americanos es indispensable entender cómo se desarrolla esta teoría hoy en día.

En la actualidad la mayor parte de las Constituciones en el mundo conservan el esquema de separación de poderes planteado por Montesquieu, con la diferencia que ya no se desarrolla con la rigidez con la que lo planteó el autor. Hoy en día es claro que debe haber una separación de órganos del Estado, que cada uno de ellos debe tener unas funciones, unas facultades específicas y unos límites a los que se debe ceñir y cada uno de ellos debe estar estipulado en la Constitución. Pero así mismo cada uno de los órganos debe ejercer sus funciones de una manera coordinada y armónica, cooperándose y controlándose entre sí, pues aislarlos completamente es imposible e ineficiente.

## **5.2 La separación de poderes en Colombia: La Corte Constitucional sus funciones y sus límites.**

Habiendo entendido el recuento histórico de la separación de poderes, es importante ahora centrarse en el estudio del caso colombiano, en particular en el papel de la Corte Constitucional

---

<sup>114</sup> *Ibíd.* Pág. 210.

<sup>115</sup> *Ibíd.* Pág. 210.

<sup>116</sup> *Ibíd.* Pág. 213.

<sup>117</sup> *Ibíd.* Pág. 220.

dentro de la organización del Estado. Para tal fin, empezaremos por enunciar el marco normativo de las funciones que la Carta de 1991 impuso a la Corte.

En este orden de ideas, en Colombia es claro y evidente que la Constitución sigue los principios de la teoría de la separación de poderes que se estudiaron anteriormente, así los establece el Artículo 113 de la Carta Política:

*“Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que la integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.*

Para dar cumplimiento al principio anterior y para garantizar que la Constitución sea la norma de normas como lo establece el artículo cuarto de la Carta<sup>118</sup> El Constituyente consagró específicamente en el artículo 241<sup>119</sup> de la Carta las funciones de la Corte, en donde la principal de

---

<sup>118</sup>Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 4. Julio 7 de 1991 (Colombia). *“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.”*

<sup>119</sup>Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 241. Julio 7 de 1991 (Colombia). *“1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. 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. 3. 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. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto en su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. 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. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. 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. 8. 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. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados.*

ellas es la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Sin embargo, desde un punto de vista teórico estas no son las únicas funciones que debe cumplir la Corte, además de ellas “(...) *los jueces de la nación, como es sabio, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la misma*”<sup>120</sup>. Será entonces, por medio de dichas funciones que le impone la Carta a la Corte Constitucional que ésta última garantiza “*la primacía de la Constitución y en especial el control del legislador*”<sup>121</sup>.

Ahora bien, una vez expuesto el marco normativo que debe seguir la Corte en el desarrollo de sus funciones debe ahora pasarse a establecer los límites a los que se debe ceñir. Sin duda, esto es un tema difícil y complejo ya que “*ni la Carta Política ni la ley contienen disposición alguna que expresa o implícitamente le haya encomendado a una entidad o dependencia pública determinada, la misión de mantener en cintura a ese alto tribunal*”<sup>122</sup>. Pero, lo anterior no significa que no tenga ciertos límites. Así las cosas, es evidente que la Corte no está sometida a ningún control “*en el sentido de que alguien tenga atribuida su fiscalización o la de sus actos*”<sup>123</sup>, sin embargo esto no significa que “*el ámbito de la acción de la Corte no está claramente delimitado.*”<sup>124</sup>. Si se hace una lectura detenida del artículo 241 de la Carta que como ya se mencionó es el que establece la funciones de la Corte es evidente que dichas funciones están “*determinadas con sumo cuidado*” y “*sobre todo, que su radio de acción se encuentra meticulosamente demarcado*”<sup>125</sup> y estrictamente establecido. Además, al leer la norma se encuentra que las funciones están consagradas taxativamente con “*un señalamiento pormenorizado de los*

---

*Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el conocimiento formulando la correspondiente reserva. 11. Darse su propio reglamento”*

<sup>120</sup> Javier Tobo Rodríguez. La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia. Pág. 148. Ed., Editorial Gustavo Ibañez Ltda, (2006).

<sup>121</sup> Abraham Sánchez Sánchez. Sentencias Interpretativas y Control de Constitucionalidad en Colombia. Pág. 78. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda. (2005).

<sup>122</sup> Juan Carlos Esguerra Portocarrero, “Nuestro control de constitucionalidad no tiene controles, pero ciertamente tiene límites”, Ricardo Sanín Restrepo, Justicia constitucional, El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Pág. 82. Ed., Legis. (2006).

<sup>123</sup> Ibidem. Pág. 82.

<sup>124</sup> Ibidem. Pág. 83.

<sup>125</sup> Ibidem. Pág. 83.

*rázagos de cada una de ellas*<sup>126</sup>, es así entonces evidente que la Corte debe ceñirse estrictamente a lo establecido en el mencionado artículo y por ningún motivo puede “*darles rienda suelta a sus poderes*”<sup>127</sup>. En conclusión “*se prefirió que fuera la propia Constitución la que les pusiera talanqueras a los poderes de la Corte*”<sup>128</sup>. Por lo tanto, es deber de la Corte ceñirse y respetar las directrices específicas que el Constituyente le impuso.

### **5.3 El problema de las sentencias condicionadas frente a la separación de poderes**

A partir de todo lo expuesto anteriormente, es preciso pasar al desarrollo de la hipótesis planteada en un principio, es decir explicar el problema que representan las sentencias de constitucionalidad condicionada frente a la separación de poderes y determinar si efectivamente se siguen y se respetan los límites establecidos por la Constitución. Para así, finalmente poder definir si la Corte se está extralimitando y está invadiendo los espacios de otras instituciones y de esta forma poder establecer que implicaciones esto puede tener.

Frente al particular es importante aclarar que la hipótesis a desarrollar pretende centrarse en aquellas sentencias de constitucionalidad condicionada que añaden nuevos requisitos, pues respecto de las sentencias que se condicionan a una interpretación se considera que la Corte está respetando estrictamente sus facultades y se está ceñiendo a los límites impuestos en la Constitución. Pues, la Corte como se explicó anteriormente puede “*declarar la exequibilidad de determinada disposición legal pero con base en una interpretación conforme a la Constitución de la misma*”<sup>129</sup>, “*si esa es la mejor forma de asegurar la integridad de la Constitución*”<sup>130</sup>. Por lo tanto las que presentan un motivo de discusión son aquellas que añaden requisitos.

Adentrados ya en la discusión planteada, es decir sí el hecho de añadir requisitos a las disposiciones en las sentencias condicionadas invade o no la esfera del legislador, cabe aclarar los

---

<sup>126</sup> Ibidem. Pág. 83.

<sup>127</sup> Ibidem. Pág. 83.

<sup>128</sup> Ibidem. Pág. 83.

<sup>129</sup> Abraham Sánchez Sánchez. Sentencias Interpretativas y Control de Constitucionalidad en Colombia. Pág. 95. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. (2005).

<sup>130</sup> Ibidem. Pág. 95.



siguientes puntos. Primero, el legislador al elaborar las leyes dentro de un proceso “rodeado de garantías democráticas”<sup>131</sup> “expresa la voluntad del pueblo de la mejor manera posible”<sup>132</sup>. Segundo, lo anterior “le impone a la Corte obrar con especial cautela al interpretar la Constitución”<sup>133</sup> teniendo especial cuidado de no alterar “el curso normal de las relaciones del juez constitucional con el Congreso”<sup>134</sup>. De este modo al hacerse el control de constitucionalidad, y en particular al momento de tomar una decisión, los jueces constitucionales deben tener en cuenta cuáles son sus facultades, funciones y límites, para que en ningún caso y por ningún motivo vayan a invadir la esfera de otra institución. Tercero, como se ha venido demostrando a lo largo del presente trabajo “el constituyente primario colombiano se decidió por un régimen democrático con una muy definida separación de poderes, lo que le impide a la Corte Constitucional desvanecer los linderos entre la interpretación y la potestad de crear nuevas normas”<sup>135</sup>, entonces es evidente que “lo que no puede decidir el legislador no puede ser ampliado por la Corte Constitucional”<sup>136</sup>. En este orden de ideas, el hecho de que la Corte asuma tareas y funciones propias del órgano legislativo “conduciría a convertir de manera subrepticia en soberano a quien únicamente es custodio de la Constitución”<sup>137</sup>. Todo lo anterior deja claro y muestra de forma evidente que la Corte no puede añadir requisitos a las disposiciones creadas por el legislador porque esto sería desbordar su facultad interpretativa, la estaría llevando más lejos de lo que puede ir, atribuyéndose funciones que no son de su competencia, pues como es obvio quien debe hacer las leyes con todo lo que sus disposiciones implican es el legislador, de otra forma se estaría violando el principio democrático que caracteriza al Estado colombiano. Pues, como se ha reiterado varias veces dentro de la separación de poderes el juez es simplemente “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley”<sup>138</sup>, es decir el que la interpreta y aplica. En el caso del juez constitucional además de interpretarla debe ajustar la ley a la

---

<sup>131</sup> Ibidem. Pág. 126.

<sup>132</sup> Ibidem. Pág. 126.

<sup>133</sup> Ibidem. Pág. 126.

<sup>134</sup> Ibidem. Pág. 126.

<sup>135</sup> Iván Vila Casado. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Pág.58. Ed., Legis. (2007)

<sup>136</sup> Ibidem. Pág. 58.

<sup>137</sup> Ibidem. Pág. 57.

<sup>138</sup> Montesquieu. Del espíritu de las leyes. Pág 168. Ed., Sarpe. (1984).

Constitución si ello es posible, en ningún caso debe crear la ley. Ya que dicha situación crearía inseguridad y confusión jurídica, pues si un órgano crea leyes y el otro las modifica no hay certeza solo confusión.

Con todo, cabe aclarar que lo anterior no desconoce que el control constitucional debe que tener un “*enfoque moderno*”<sup>139</sup>, esto implica que la Constitución debe ser dinámica y su interpretación debe adaptarse a las “*nuevas circunstancias históricas*”<sup>140</sup>, pues, la Constitución “*trasciende los tiempos y su adecuación a las nuevas realidades es imperativo ineludible*”<sup>141</sup>. “*Pero el juez siempre tiene que “mantener la razonable discrecionalidad para llevar a cabo está adaptación*”<sup>142</sup>. Por lo tanto es importante que la Corte y el legislador actúen como colaboradores y complementarios entre sí, en este orden de ideas, “*se hace necesario de la manera más apropiada, racionalizar más la colaboración entre la Corte Constitucional y el legislador*”<sup>143</sup>. Así las cosas, las sentencias condicionadas deben utilizarse para “*complementar la actividad legislativa en un sentido favorable a la ley*”<sup>144</sup>, evitando que se creen vacíos legislativos. Entonces el juez constitucional debe “*procurar una buena utilización*”<sup>145</sup> de las sentencias condicionadas. De esta forma lo que se propone es que el juez continúe con su labor interpretativa, no solo declarando la exequibilidad o inexecuibilidad de las leyes, si no que cuando lo considere las adecue a la interpretación que considere necesaria, y en caso que dicha interpretación implique añadir algún requisito se lo comunique al legislador, para que este en uso de sus facultades adecue la ley añadiéndole los requisitos que la Corte considera necesarios para que la disposición se adecue a la Constitución. Cumpliendo así la teoría de la separación de poderes que se desarrolla hoy en día; es decir, que cada uno de los órgano del poder se limite a cumplir las funciones que le fueron impuestas en la

---

<sup>139</sup> Gaspar Caballero Sierra. Corte Constitucional y legislador contrarios o complementarios. Pág. 72 Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. (2002)

<sup>140</sup> Ibidem. Pág. 72.

<sup>141</sup> Ibidem. Pág. 74.

<sup>142</sup> Ibidem. Pág. 72.

<sup>143</sup> Ibidem. Pág. 72.

<sup>144</sup> Abraham Sánchez Sánchez. Sentencias Interpretativas y Control de Constitucionalidad en Colombia. Pág. 94. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda. (2005).

<sup>145</sup> Ibidem. Pág. 94.

Constitución sin invadir los espacios del otro, pero al mismo tiempo que colaboren y cooperen armónicamente entre sí para garantizar un orden jurídico estable y acorde a la Constitución. En conclusión la Corte no debe añadir requisitos a las disposiciones debe ser el legislador quien lo haga, una vez hecha la recomendación respectiva de la Corte como resultado de la interpretación hecha en el control de constitucionalidad. Sin embargo, como se demostró en el estudio empírico la realidad fáctica es otra, por lo tanto hay que plantear soluciones

#### **5.4 Una solución desde el Análisis Económico del Derecho**

Ahora bien, como se ha venido advirtiendo, según como está desarrollada la teoría de la separación de poderes hoy en día y consagrada en la Constitución colombiana, la Corte Constitucional sí se extralimita e invade las esferas del legislador al añadir requisitos a sus sentencias. Esta situación crea inestabilidad jurídica teniendo como consecuencia está última, una falta de certeza entre los que tienen que cumplir la ley, lo que implica una dificultad para “conseguir *el apoyo empresarial interno y externo para que el país pueda crecer de forma ordenada y se mejore el bienestar de todos los colombianos*”<sup>146</sup>, consecuencia que afecta a toda la sociedad y al desarrollo del Estado Social de Derecho fin primordial establecido en la Constitución. Lo ideal sería que la Corte no tuviera que llenar los vacíos del legislador y que “*los llamados a la cooperación y coordinación institucional consignados en la Carta Política constituyan una fuerza que obliga a sopesar las acciones de los diferentes poderes y a buscar el equilibrio*”<sup>147</sup>.

Sin embargo para un estudio más completo y detallado no se puede dejar a un lado la realidad. Entonces, no se puede negar ni desconocer que en la práctica la Corte adopta este tipo de fallos con una significativa regularidad y que constantemente se ve obligada a llenar los vacíos que deja el legislador para que las disposiciones se adapten a la Carta Política. Esta situación es uno de los principales objetos de análisis del constitucionalismo actual, por lo tanto “*suponemos que el*

---

<sup>146</sup> <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra173.pdf> (Marzo 2001)

<sup>147</sup> <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra173.pdf> (Marzo 2001)

*debate jurídico sobre las extralimitaciones de la Corte Constitucional apenas se ha iniciado*<sup>148</sup>. Es por eso que siendo conscientes de los cambios necesarios que se deberán implementar en un futuro para evitar los constantes choques entre poderes, lo que se propone a continuación es un modelo de sentencia condicionada que añada requisitos eficientes, en donde en vez de desfavorecer a la sociedad y a su desarrollo la enriquezca y le permita al Estado Social de Derecho alcanzar sus fines.

Antes de pasar a la propuesta como tal, es importante aclarar que debido a que las sentencias de constitucionalidad condicionada que añaden requisitos abarcan muchos temas de diferentes áreas de la sociedad y el derecho, el modelo que se propone es un modelo aplicable a cualquier área del derecho.

Lo que se propone es lo siguiente: la Corte Constitucional además de todo lo mencionado anteriormente debe garantizar que el derecho sea *“un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad”*<sup>149</sup>, para tal fin es necesario que emplee nuevas metodologías en sus fallos. Para la presente propuesta la herramienta que se sugiere utilizar es el Análisis Económico del Derecho, en particular el teorema normativo del premio nobel de Economía Ronald H. Coase.

#### **5.4.1 El Análisis Económico del Derecho y el Teorema de Ronald Coase como una solución**

Partiendo de lo que ya se analizó sobre el análisis económico del derecho es menester pasar a la explicación del teorema normativo de Ronald Coase ganador del premio Nobel en 1991. El teorema normativo de Coase parte del hecho que en una negociación las partes incurren en costos de transacción<sup>150</sup> que son básicamente costos de búsqueda, de arreglo y de ejecución, *“estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas*

---

<sup>148</sup> <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra173.pdf> (Marzo 2001)

<sup>149</sup> <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra173.pdf> (Marzo 2001)

<sup>150</sup> Costos de transacción son según Pablo Márquez Escobar: *“el costo asociado con la creación, mantenimiento o modificación de las instituciones”*. Es decir, *“todos aquellos sacrificios económicos en que se incurre por el desarrollo de actividades, transacciones e intercambios de derechos sobre bienes, servicios o flujos, sea que éstos se hagan a través del mercado o por medio de la creación, modificación, cambios o eliminación de una institución u organización”*.

transacciones”<sup>151</sup>. En consideración a lo anterior propone el siguiente teorema “*No importa como se asignen los derechos de propiedad, cuando los costos de transacción son nulos una negociación privada proveerá un uso eficiente de los recursos*”. Que los costos de transacción sean nulos debe entenderse como “*la ausencia de cualquier impedimento o costo de negociación*”<sup>152</sup>; bajo este supuesto las transacciones “*se llevarían a cabo hasta que nadie pudiese quedar en mejores condiciones,(...), sin dejar a otro en una condición peor*”<sup>153</sup>. Por otro lado, el teorema explicado también se puede ver desde la siguiente perspectiva “*cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad*”<sup>154</sup>. Así las cosas, “*si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, si importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución eficiente*”<sup>155</sup>. Sin embargo, hay que tener en cuenta que “*en la práctica nadie asume la ausencia de costos de transacción*”<sup>156</sup> por lo tanto, Coase reconoce la importancia de estructurar eficientemente la ley es decir, que el decisor debe determinar los costos y medir los beneficios en el momento de la estructuración. Además, debe tener presente que “*las normas jurídicas crean diversos incentivos sobre los agentes económicos. Algunas normas conllevan un incentivo positivo permitiendo que se logre un mayor bienestar en la sociedad pero otras no; es decir, algunas generan incentivos negativos o al fraude, comportando una pérdida de eficiencia y, como consecuencia directa, una pérdida en el bienestar social*”<sup>157</sup>. Por esta razón es indispensable

---

<sup>151</sup> Ronald Coase. “El Problema del Costo Social”. Pág. 98. Ed., Centro de Estudios Públicos (1992).

<sup>152</sup> Guido Calabresi & Douglas Melamed. “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la Catedra”. Pág 354. Ed., Centro de Estudios Públicos. (1996)

<sup>153</sup> *Ibidem*. Pág. 354.

<sup>154</sup> Hernando Torres Corredor. La Corte Constitucional entre la economía y el derecho. Pág. 45. Ed., Universidad el Quindío. (2002)

<sup>155</sup> Alfredo Bullard Gonzáles. Derecho y Economía el análisis económico de las instituciones legales 2da. Edición. Pág. 108. Ed., Palestra. (2009).

<sup>156</sup> Guido Calabresi & Douglas Melamed. “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la Catedra”. Pág 355. Ed., Centro de Estudios Públicos. (1996).

<sup>157</sup> Carlos Andrés Uribe Piedrahita & Fernando Castillo Cadena. "el otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia (un análisis jurídico y económico). Pág. 450. Ed., Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. (2006).

que “*al momento de regular*”<sup>158</sup> hay que tener en cuenta “*cada uno de los efectos que sobre la conducta induce la norma*”<sup>159</sup>. Como consecuencia de todo lo anterior Coase propone el siguiente teorema normativo “*estructurar la ley de tal modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos*”, es decir que la ley debe crear incentivos para que las partes negocien eliminando en lo posible los costos de transacción. Así las cosas, el uso eficiente de los recursos dependerá de cómo se asignen los derechos y de los pocos costos de transacción que haya. Además, Coase en su texto *el problema del costo social* le hace una especial recomendación a las Cortes con relación a lo anteriormente mencionado “*parecería entonces deseable que las cortes comprendieran las consecuencias económicas de sus decisiones y pudieran, en la medida en que esto sea posible, sin crear demasiada incertidumbre acerca de la tesis de la ley en sí misma, tomar en cuenta estas consecuencias cuando adopten sus decisiones. Aun cuando sea posible cambiar la delimitación legal de los derechos a través de las transacciones de mercado, es obviamente deseable reducir las necesidades de tales transacciones y reducir así el empleo de recursos para llevarlas a cabo*”<sup>160</sup>. En conclusión a lo que se tiene que llegar es a “*diseñar ordenamientos prácticos que corrijan defectos en una parte del sistema, sin causar daños más serios a las otras partes*”<sup>161</sup>.

#### **5.4.2 Modelo a seguir**

Una vez entendidos los principales postulados de Coase, el modelo que se propone es el siguiente: añadir requisitos a las sentencias de constitucionalidad condicionadas es eficiente y se justifica cuando la Corte supliendo los vacíos legislativos disminuya los costos de transacción de cada una de las normas interpretadas, haciendo de estas disposiciones, unas más eficientes. Es evidente que de lo contrario “*si los costos son altos en relación con los beneficios, los agentes*

---

<sup>158</sup> *Ibíd.* Pág. 450.

<sup>159</sup> *Ibíd.* Pág. 450.

<sup>160</sup> Ronald Coase. “El Problema del Costo Social”. Pág. 102. Ed., Centro de Estudios Públicos (1992).

<sup>161</sup> *Ibíd.* Pág. 122.

*preferirán abandonar los derechos aunque paradójicamente ellos sean los que más los valúen*<sup>162</sup>, esto que significa, que si por añadir más requisitos se vuelve más costoso y hay más costos de transacción por el uso del derecho asignado los agentes preferirán desistir del uso de ese derecho, lo que lo hace ineficiente. Por el contrario, si el hecho de añadir más requisitos a la disposición disminuye los costos de transacción del uso del derecho, el mismo será eficiente y el agente preferirá conservarlo, situación que a futuro favorezca a toda la sociedad y al desarrollo de la misma, porque los individuos tendrán incentivos para negociar entre sí. Este es entonces el modelo que se propone para que la Corte siga al momento de añadir requisitos a las sentencias de constitucionalidad condicionada pues, *“una amplia variedad de problemas jurídicos pueden ser útilmente enfocados a través de un modelo específico”*<sup>163</sup>. Y es a la vez una propuesta a la realidad fáctica que vive el constitucionalismo moderno y que no podemos desconocer.

### **5.5 Caso práctico: Sentencia C- 075 de 2007**

La explicación que se ha venido desarrollando a lo largo del texto no tendría ningún sentido si la misma no pudiera aplicarse en la realidad, por lo tanto, es fundamental exponer a continuación un caso práctico en donde se evidencia cómo la misma es una solución real y efectiva al problema planteado. Son múltiples los ejemplos que podríamos plantear para tal efecto pero tomaremos la sentencia C- 075 de 2007 en donde la Corte decidió extender la protección consagrada en la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005 a las parejas homosexuales.<sup>164</sup>

En la sentencia mencionada la Corte Constitucional no se limitó a declarar la exequibilidad o inexecuibilidad de la norma, ni tampoco indicó una determinada interpretación de la misma sino que fue más allá y la modificó añadiéndole requisitos, atribuyéndose una facultad que en principio le corresponde al legislador como se explicó previamente. Lo anterior porque, como fueron

---

<sup>162</sup> Carlos Andrés Uribe Piedrahita & Fernando Castillo Cadena. "el otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia (un análisis jurídico y económico). Pág. 447. Ed., Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. (2006).

<sup>163</sup> Guido Calabresi & Douglas Melamed. "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la Catedra". Pág 390. Ed., Centro de Estudios Públicos. (1996)

<sup>164</sup> Para efectos de este trabajo se tomará la Sentencia C- 075 de 2007, sin embargo es importante mencionar que lo que a continuación se expone también se evidencia claramente en la Sentencia C – 209 de 2009.

redactadas las leyes en cuestión el legislador solo estableció y consideró a parejas conformadas por un hombre y una mujer así lo dicen expresamente los artículos 1<sup>o</sup><sup>165</sup> y 2<sup>o</sup><sup>166</sup> de la ley 54 de 1990. Partiendo de lo anterior, la Corte luego de un extenso análisis en su parte resolutive decide expresamente “*Declarar la EXEQUIBILIDAD de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales*”.<sup>167</sup> Es entonces evidente la modificación de la legislación vigente por parte de la Corte Constitucional. Teniendo claro que el caso se enmarca en la hipótesis que plantea el trabajo pasaremos a analizar como la Corte actuó de forma eficiente al eliminar costos de transacción para el cumplimiento de la norma al añadir los requisitos que añadió.

En este orden de ideas, partamos del hecho de que antes de proferirse esta sentencia las parejas homosexuales en Colombia no tenían la posibilidad legal de conformar una unión marital de hecho y mucho menos gozaban de protección patrimonial en estos casos. Por lo tanto, al no tener ningún tipo de protección en este sentido los costos de transacción de vivir en pareja para estas personas eran muy elevados ya que, “*una vez [decidían] desarrollar su proyecto de vida en pareja con una persona de su mismo sexo [perdían] derechos y beneficios que tendrían si la pareja fuera heterosexual, es decir, por el solo hechos (sic) de ser homosexual o transgenerista [perdían] los*

---

<sup>165</sup>Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diciembre 28 de 1990. DO. N° 39.615: “**Artículo 1o.** *A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.*”

<sup>166</sup>Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diciembre 28 de 1990. DO. N° 39.615: “**Artículo 2o.** Modificado por el art. 1, Ley 979 de 2005. *Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:*

- a) *Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;*
- b) *Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inicio la unión marital de hecho”.*

<sup>167</sup>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 075 de 2007 (M.P Rodrigo Escobar Gil: Febrero 2 de 2007).



*derechos y beneficios de la pareja*”<sup>168</sup>. Pues, caso en cual en la realidad una pareja llevará una vida conjunta, continua y conformaran un patrimonio con aportes comunes, y la relación por alguna razón se disolviese o alguno de los dos muriera el otro u otra no tenía derecho a ningún tipo de reclamación, así hubieran construido un patrimonio conjunto a cada cual le correspondía lo que a ese momento le perteneciese sin derecho a una partición igualitaria. Un claro ejemplo de lo anterior y que sustenta lo que se viene planteado es el citado en la sentencia bajo estudio a saber “*un hombre homosexual que compartió su vida por 27 años con otra persona del mismo sexo, de forma que con el trabajo mutuo adquirieron una serie de bienes evaluados aproximadamente en 800 millones de pesos, pero que, terminada la relación, su pareja, quien tenía los bienes a su nombre, se quedó con todas las pertenencias y lo dejó sin nada*”<sup>169</sup>. En este orden de ideas, “*las personas homosexuales quedan desamparadas y sin derecho alguno a poder reclamar parte del patrimonio construido con su pareja, aún en casos en los que han convivido varios años y se dedican a cuidar de su compañero mientras éste se encuentra en estado de convalecencia*”<sup>170</sup>. Así las cosas, “*en la medida en que de la definición de compañeros permanentes se derivan una serie de garantías y derechos, es posible observar que se restringen las condiciones mínimas de subsistencia de la comunidad homosexual cuando no tienen la posibilidad de acceder a beneficios patrimoniales en aspectos pensionales y sucesorales, no pueden afiliarse a su pareja en el régimen de salud, y no pueden reclamar alimentos de la persona de quien dependen.*”<sup>171</sup> En conclusión, desde este punto de vista y bajo estas condiciones era muy costoso construir un proyecto de vida con una persona.

Con todo, lo que hace la Corte al ampliar la protección establecida en la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005 a las parejas homosexuales es eliminar los costos de transacción que anteriormente tenían estas personas al conformar una vida conjunta. Haciendo de

---

<sup>168</sup> *Ibíd.*

<sup>169</sup> *Ibíd.*

<sup>170</sup> *Ibíd.*

<sup>171</sup> *Ibíd.*

esta forma una norma más eficiente que cumple con su función en la sociedad y a la vez se garantiza un mayor cumplimiento de la misma.

En conclusión, queda comprobado el análisis y la aplicación de la teoría en la realidad, se propone que la Corte aplique esta propuesta de eficiencia en sus decisiones para que eliminando costos de transacción en las normas la misma tenga un mayor cumplimiento en la realidad y garanticen su función y cumplimiento en la sociedad.

## **6 MODULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

En la actualidad, el control de constitucionalidad de las leyes ha dado lugar a la existencia de ciertas decisiones por parte de la Corte Constitucional que van más allá de la simple declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad, como se evidenció anteriormente respecto de las sentencias moduladoras de constitucionalidad. Adicionalmente, y en este mismo sentido, la Corte Constitucional se ha visto en la necesidad de modular las sentencias en cuanto a los efectos en el tiempo de tales decisiones, en forma tal que sea posible responder apropiadamente a las realidades jurídicas contemporáneas. Por tanto, han surgido nuevas categorías de decisiones de constitucionalidad relacionadas con los efectos que los fallos tienen en el tiempo: sentencias de inconstitucionalidad con efectos retroactivos (o *ex nunc*) y sentencias de inconstitucionalidad con efectos diferidos (o prospectivos). Es precisamente esta modulación de los efectos en el tiempo de los fallos de inconstitucionalidad el tema que se analizará a continuación. Con todo, y antes de realizar el análisis descrito, es importante resaltar cuales son los efectos generales, es decir en ausencia de modulación alguna, de las sentencias de constitucionalidad.

En términos generales, los *efectos normativos* de las sentencias, como los llama Eduardo Pratz son, a saber: (i) la producción de efectos *erga omnes*, (ii) el efecto de cosa juzgada y (iii) “*el carácter vinculante de las sentencias constitucionales con relación a los poderes públicos*”<sup>172</sup>. En

---

<sup>172</sup> Eduardo J. Prats. Derecho Constitucional. Pág. 366. Ed., Gaceta Judicial. (2005).

este sentido, las sentencias de constitucionalidad surten efectos respecto de todos los particulares y poderes públicos<sup>173</sup>. De hecho, “*si la sentencia constitucional no tuviese efectos erga omnes, no pudiese, de ninguna manera, restar vigencia y validez a una norma inconstitucional con valor y fuerza de ley. Sin estos efectos, el control abstracto de constitucionalidad degeneraría en nugatorio, en inexistente*”.

Así mismo, las sentencias, en concordancia con el artículo 243 de la Constitución Política, tienen carácter de cosa juzgada lo cual implica que no es posible reanudar un litigio sobre un asunto que ya ha sido previamente decidido por un juez constitucional; así, los dictámenes de constitucionalidad son definitivos e inmutables<sup>174</sup>. Finalmente es importante mencionar que “*la sentencia constitucional tiene capacidad para vincular y obligar a los poderes públicos (...). Esto significa que la sentencia constitucional tiene fuerza de ley, tanto en su parte dispositiva, como en las partes esenciales de su parte motiva*”<sup>175</sup>. De hecho, esta característica de los fallos de inconstitucionalidad es consecuencia necesaria del hecho de que la Corte Constitucional interprete de forma definitiva la norma fundamental. Todo esto, sin embargo, debe entenderse en armonía con el sistema de precedentes<sup>176</sup>, de tal forma que sea posible para el tribunal constitucional adaptar las interpretaciones de la “*Constitución a las exigencias de una realidad en constante cambio*”<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> Ello en oposición a los efectos *inter partes* de las otras decisiones judiciales, lo cual implica que los efectos de la sentencia solo se surten respecto de las partes involucradas en la controversia y por tanto, solo ellas “*estarán obligadas por la decisión*” (Ibídem. Pág. 355).

<sup>174</sup> En este sentido el artículo 243 de la Constitución Política establece que “*ninguna autoridad 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*” (Constitución Política de Colombia [Const.], Art. 234. Julio de 1991 (Colombia)).

<sup>175</sup> Eduardo J. Prats. Derecho Constitucional. Pág. 369. Ed., Gaceta Judicial. (2005).

<sup>176</sup> “*Esta característica, propia de las sentencias del TC, (...) viene a ser una manifestación concreta del “juego bipolar” entre los principios de seguridad jurídica, que deben asegurar las sentencias constitucionales, y la necesidad de que ello no conduzca al establecimiento de un rígido sistema de precedentes que impida al TC ir adaptando sus soluciones e interpretaciones de la Constitución a las exigencias de una realidad en constante cambio.*” (Francisco José Eguiguren Praeli. Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional. Pág. 170. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/343/10.pdf> ; véase también, Raúl Bocanegra Sierra, El valor de las sentencias del tribunal constitucional. Ed., Instituto de Estudios de Administración Local. (1982)).

<sup>177</sup> Francisco José Eguiguren Praeli. Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional. Pág. 170. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/343/10.pdf>

Por otro lado, y en cuanto a los efectos temporales de las sentencias, en el constitucionalismo colombiano por regla general los fallos de inconstitucionalidad tienen efectos pro futuro, siguiendo el modelo kelseniano. Ello implica que “*apenas es notificada la sentencia, la disposición sale del ordenamiento jurídico pero no modifica las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma*”<sup>178</sup>. En este orden de ideas, “*todas las situaciones presentadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad [tienen] pleno reconocimiento en el orden jurídico*”<sup>179</sup>. Por tanto, la anulación de la disposición únicamente se produce a partir del momento en el cual es notificado el fallo declaratorio de inconstitucionalidad; por este motivo, este tipo de decisiones son llamadas por ciertos doctrinantes *sentencias inmediatas*.

Con todo, la Corte Constitucional ha creado nuevas categorías de sentencias a partir de la modulación de los efectos temporales de las mismas, que implican una modificación a la regla general de los efectos *pro futuro* de los fallos. Resulta relevante entonces mencionar que estas facultades que los tribunales constitucionales se han atribuido adquieren sentido y justificación gracias al llamado “nuevo derecho” (cuyos rasgos ya se mencionaron anteriormente). De hecho, estas nuevas categorías jurídicas son el resultado de la búsqueda del constitucionalismo moderno de instrumentos jurídicos “enérgicos” y dinámicos, muy propios por ende del control constitucional moderno.

En el caso colombiano, teniendo en cuenta el estudio empírico realizado, es posible sostener que la utilización por parte del Tribunal Constitucional de las sentencias con modulación de los efectos temporales ha sido excepcional. De hecho, de 2723 sentencias proferidas entre los años 2001 y 2010, únicamente el 0.51% tienen efectos retroactivos y 0.66% tienen efectos ultractivos. Los efectos hacia el futuro son, de acuerdo al ideal jurídico, la regla general (98.82%)<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> Alejandro Martínez Caballero. *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*, Jurisdicción constitucional de Colombia: la corte constitucional 1992-2000. Pág. 400. Ed., Konras Adenaver. (2001).

<sup>179</sup> Eduardo J. Prats. *Derecho Constitucional*. Pág. 355. Ed., Gaceta Judicial. (2005).

<sup>180</sup> Estos resultados se obtuvieron de las tablas de análisis empírico y de los gráficos realizados, que se presentan como anexo.

A continuación se analizarán los efectos *ex nunc* y los efectos prospectivos con mayor detalle y profundidad; se expondrán conceptualmente las figuras, se propondrá un análisis de acuerdo al cual sea posible determinar en que casos resulta eficiente acudir a tales fallos y, finalmente, se analizarán casos concretos de modulación de los efectos de las sentencias hechas por la Corte Constitucional.

## **6.1 LOS EFECTOS RETROACTIVOS DE LOS FALLOS DE CONSTITUCIONALIDAD<sup>181</sup>**

La manipulación de efectos temporales de las sentencias de constitucionalidad es, según la corte constitucional, una de las manifestaciones de su potestad jurisdiccional<sup>182</sup>. La determinación, por parte del Tribunal Constitucional, de los efectos temporales implica establecer si la “*declaratoria de inconstitucionalidad rige únicamente hacia el futuro, con base en la fecha del reconocimiento del Tribunal, o si, por el contrario, debe retrotraerse al momento de la entrada en vigor de la norma declarada*”<sup>183</sup>. Estos últimos efectos descritos se denominan efectos *ex tunc*, por oposición a los efectos *ex nunc*, o hacia el futuro. De hecho, si la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos, ello significa que las situaciones consolidadas y realizadas en vigencia de la norma deben retrotraerse; en otras palabras debe procurarse que las situaciones vuelvan al estado anterior a la entrada en vigencia de la norma que adolece el vicio de inconstitucionalidad.

---

<sup>181</sup> En el marco del grupo de investigación con el Departamento de Derecho Económico con el Doctor Fernando Castillo Cadena, la investigación de este acápite (6.1, 6.1.1, 6.1.2) fue iniciada en el 2010 y como resultado parcial de la misma se escribió y publicó un artículo denominado “Efectos retroactivos de las sentencias de constitucionalidad: consecuencia necesaria de la supremacía constitucional”. El trabajo de grado es el resultado de la profundización y continuación de dicha investigación.

<sup>182</sup> Edgar Solano González. Sentencias manipulativas e interpretativas y el respeto a la democracia en Colombia. Pág. 18. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2000).

<sup>183</sup> Eduardo J. Prats. Derecho Constitucional. Pág. 355. Ed., Gaceta Judicial. (2005).

Por el contrario, si los efectos del fallo son hacia el futuro, la declaratoria de inconstitucionalidad no afecta las situaciones consolidadas durante la vigencia de la disposición<sup>184</sup>, éstas “*tendrán pleno reconocimiento en el orden jurídico*”<sup>185</sup> por ser previas al fallo de la Corte.

Al respecto es fundamental distinguir los conceptos de anulación y de nulidad, por lo que cada uno de ellos tiene implicaciones diversas en relación con los efectos temporales de los sentencias de inconstitucionalidad. La nulidad, en primer lugar, es “*la sanción al incumplimiento de los requisitos señaladas para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales*”<sup>186</sup>. Por lo tanto la nulidad (o nulidad absoluta), “*es aquélla que ab initio no produce efectos jurídicos en tanto comporta una ineficacia intrínseca que no puede por ninguna causa convalidarse o producir efecto jurídico alguno*”<sup>187</sup>. En el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, si se asume que dicha declaratoria tiene como efecto la declaración de la nulidad de dicha ley, el fallo tiene efectos ex tunc y se debe “*deshacer lo hecho al amparo de la norma*”<sup>188</sup>. Por el contrario, la anulación (o nulidad relativa) “*es aquélla en la que el vicio invalidante es de menor entidad y pueden considerarse como válidos los actos realizados al amparo de la norma objeto de declaración*”<sup>189</sup>. Por lo tanto, la anulación, en términos de declaratoria de inexecutable de una norma, se presenta cuando los efectos de la misma son hacia el futuro. De hecho María del Carmen Soto afirma que “*(...) las categorías jurídico materiales (nulidad/ anulabilidad) son las que definen la eficacia temporal de la sentencia constitucional*”<sup>190</sup>.

---

<sup>184</sup> Hernán A. Olano García, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. Vniversitas. Noviembre 2004. At. 572. Págs. 583, 584.

<sup>185</sup> Eduardo J. Prats. *Derecho Constitucional*. Pág. 355. Ed., Gaceta Judicial. (2005).

<sup>186</sup> Jaime O. Santofimio Gamboa. *Tratado de derecho administrativo*. Pág. 327. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2007).

<sup>187</sup> Franklin Moreno Millán, *La acción pública de inconstitucionalidad: efectos temporales de los fallos*. Pág. 41. Ed., Leyer. (2008).

<sup>188</sup> *Ibíd.*, Pág. 46.

<sup>189</sup> *Ibíd.*, Pág. 41.

<sup>190</sup> María del Carmen Blaso Soto. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Pág. 22-23. Ed., Bosch. (1995).

Adicionalmente es importante resaltar que la doctrina ha establecido, de acuerdo a la importancia que tiene la delimitación del *“impacto de la decisión sobre las relaciones jurídicas”*<sup>191</sup>, que los efectos retroactivos pueden ser modulados de acuerdo a tres grados. En primer lugar, se encuentra la retroactividad en grado máximo que implica que la sentencia se *“aplica al pasado afectando todas las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la ley declarada inconstitucional, (...) se considera por tanto que todos los efectos de la ley desaparecen (...)”*<sup>192</sup>. En segundo lugar, se encuentra la retroactividad en grado medio y se *“da cuando la sentencia despliega su eficacia hacia el pasado afectando a todas las relaciones jurídicas surgidas al amparo de la ley inconstitucional, excepto las agotadas”*<sup>193</sup>. Finalmente, la retroactividad en grado mínimo se presenta cuando la declaratoria de inconstitucionalidad *“(...) sólo se aplica respecto a los hechos pasados, del proceso donde se ha originado la duda de inconstitucionalidad. Como es obvio, este tipo de retroactividad no es predicable de todos los procesos constitucionales, sino sólo de aquellos, incidentales, en que la declaración de inconstitucionalidad ha tenido su origen en juicio”*<sup>194</sup>.

Es así como *“la configuración temporal de los efectos de los fallos en la acción pública de inconstitucionalidad, es una facultad inmanente a la función jurisdiccional de los tribunales constitucionales hoy en el mundo, derivada de la autonomía procesal de la que son tributarios, y consistente en la posibilidad de que sea el mismo órgano encargado de la jurisdicción constitucional el que establezca la temporalidad de su fallo”*<sup>195</sup>.

A pesar de lo dicho, la posibilidad que tiene el Tribunal Constitucional de modular los efectos temporales de los fallos, y el alcance o las limitaciones de tal prerrogativa, no es una cuestión ajena a controversias y discusiones. Por lo anterior, cada Estado en concordancia con su

---

<sup>191</sup> *Ibíd*em, Pág. 47.

<sup>192</sup> *Ibíd*em, Pág. 49.

<sup>193</sup> *Ibíd*em, Pág. 53.

<sup>194</sup> *Ibíd*em, Pág. 53.

<sup>195</sup> Franklin Moreno Millán, *La acción pública de inconstitucionalidad: efectos temporales de los fallos*. Pág. 17. Ed., Leyer. (2008).

ordenamiento jurídico, opta por adoptar diversas soluciones en la materia, ampliando o restringiendo las facultades conferidas a la Corte Constitucional<sup>196</sup>.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la definición de las competencias del tribunal constitucional se encuentra establecida en el artículo 243 de la Constitución, que establece que las decisiones de la Corte hacen tránsito a cosa juzgada, y en el artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que establece 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”*. Por lo tanto, es la Corte Constitucional, en lo relacionado con los efectos temporales de sus fallos, aquella que determina el alcance de su competencia.

Al respecto resulta importante recordar que el decreto 2067 de 1991 en el artículo 21 establecía que las sentencias de la Corte debían tener efectos hacia el futuro salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva y disciplinaria. Tal artículo fue declarado inconstitucional mediante la sentencia C-113 de 1993 en la que la corporación básicamente se abrogó enfáticamente la potestad de delimitar los efectos de sus fallos<sup>197</sup>. De hecho, afirmo lo siguiente:

*“ (...)Fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste?. Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico al texto y al espíritu de la Constitución”*<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> Humberto A. Sierra Porto, Sentencias de inconstitucionalidad: jurisdicción española. Pág 15. Ed., Universidad Externado de Colombia. (1995).

<sup>197</sup> Franklin Moreno Millán, La acción pública de inconstitucionalidad: efectos temporales de los fallos. Pág. 17. Ed., Leyer. (2008).

<sup>198</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-113 de 1993 (M. P. Jorge Arango Mejía; Marzo 25 de 1993). Al respecto, José Antonio Rivera Santiváñez sostiene que *“es el Constituyente el que debe determinar el marco general sobre los efectos de las sentencias constitucionales; sobre cuya base corresponde al Tribunal Constitucional, como máximo guardian y último intérprete de la Constitución, señalar en la propia sentencia los efectos de ella (...). La modulación de los efectos de la sentencia constitucional, no debe ser entendida como una arbitraria invención de los tribunals constitucionales, pues no o es; al contrario se trata*



Teniendo en cuenta lo descrito anteriormente se procederá a justificar cómo la existencia de restricciones a la facultad de la Corte de modular los efectos de los fallos es necesaria; pero cómo, de igual forma, dichas delimitaciones no pueden traducirse en la presencia de límites fijos a tal prerrogativa.

### **6.1.1 Análisis de los efectos *ex tunc* de los fallos de inconstitucionalidad**

La posibilidad que tienen los Tribunales Constitucionales de los distintos países del mundo de modular los efectos temporales de sus fallos depende en cada caso del ordenamiento jurídico particular, que de acuerdo a diversas finalidades y en búsqueda de garantizar determinados valores, limita o extiende las prerrogativas de las Cortes en esta materia<sup>199</sup>.

Para el caso colombiano, de acuerdo al esquema jurídico constitucional, es la Corte la llamada a delimitar en cada sentencia de constitucionalidad los efectos de la decisión. Ello sin olvidar que la generalidad de los casos debe estar integrada por efectos temporales hacia el futuro, mientras que la excepción debe estar compuesta por efectos retroactivos.

La necesidad de la existencia de la facultad de la Corte de establecer, así sea de forma excepcional, la retroactividad de sus decisiones se explica a la luz del artículo 241 constitucional, que establece que el tal Tribunal es el encargado de velar por la integridad y la supremacía constitucionales. Es por este motivo, que la Corte afirma que para cumplir y desarrollar plenamente su función, necesita tener la posibilidad de señalar los efectos de sus decisiones. Es evidente entonces, que la existencia de la posibilidad de modulación de los efectos temporales, responde a

---

*de una consecuencia de la labor de control de constitucionalidad que ejercen dichos órganos, para dar solución a las tensiones valorativas implícitas en todo texto constitucional”* ” (José Antonio Rivera Santiváñez. *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno*. Estudios constitucionales. Noviembre de 2004. At. 585. Págs. 594 - 595).

<sup>199</sup> “*La modulación de los efectos de las sentencias constitucionales ha generado algunas controversias respecto a quién debe determinar dichos efectos, si es el legislador ordinario que, en el desarrollo de las normas previstas por la Constitución, determina en las normas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional o en las leyes procesales constitucionales; o, en su defecto, es el Tribunal Constitucional el que, a substanciar el respectivo proceso constitucional, define y señala los efectos de sus sentencias*” (José Antonio Rivera Santiváñez. *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno*. Estudios constitucionales. Noviembre de 2004. At. 585. Pág. 594.)

una necesidad imperante de garantizar, en determinados casos, el respeto a la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales.

Al respecto, José Antonio Rivera Santiváñez sostiene que el tribunal constitucional debe tener la posibilidad de señalar en la sentencia los efectos de ella “*en resguardo del sistema de valores supremos, como el de la justicia o la dignidad humana, así como (...) los derechos fundamentales de la persona*”<sup>200</sup>. Siendo la Constitución la norma jurídica principal y primordial del ordenamiento jurídico<sup>201</sup>, no es dable que se presenten circunstancias en las que la vulneración a la Carta sea flagrante y en las que la Corte no tenga los instrumentos necesarios para asegurar su primacía.

Adicionalmente, los efectos retroactivos permiten garantizar la protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos. De acuerdo con el artículo 5 de la Constitución el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona y es por ello que “*recortar (...) la facultad que la Corte tiene de fijar el contenido de sus sentencias, podría impedirle defender los derechos de los súbditos frente a las autoridades*”<sup>202</sup>. De acuerdo a lo descrito anteriormente, es evidente que la libertad configurativa de la Corte objeto de análisis, se justifica en la medida en que “*el cumplimiento que impone la Constitución, derivado de su carácter normativo y general, no es compatible con la existencia de zonas de inmunidad o impunidad constitucional*”<sup>203</sup>.

Sin embargo, la posibilidad que tiene el Tribunal Constitucional de establecer en sentencias de inconstitucionalidad efectos retroactivos, no es ilimitada y está sujeta a ciertas restricciones, que se establecen en razón a la vulneración que dicha modulación implica a determinados principios jurídicos. Ellos son, a saber, la seguridad jurídica, los derechos adquiridos y la confianza legítima.

---

<sup>200</sup> José Antonio Rivera Santiváñez. *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno*. Estudios constitucionales. Noviembre de 2004. At. 585. Pág. 594.)

<sup>201</sup> Manuel Fernando Quinche Ramírez. *Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*. Pág. 84. Ed., Ibañez. (2008).

<sup>202</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-113 de 1993 (M. P. Jorge Arango Mejía; Marzo 25 de 1993).

<sup>203</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-006 de 1992 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Mayo 12 de 1992).

Hans Kelsen “*al configurar el sistema austriaco en 1920 considero que los efectos ex tunc (...) podrían producir situaciones de manifiesta injusticia contra los particulares que actuaban de buena fe (...). Por estas razones, dispuso expresamente, que el juicio de inconstitucionalidad de una ley determinaría siempre una anulabilidad y no una nulidad (...)*”<sup>204</sup>. Es así como una declaratoria de inconstitucionalidad que afecte las situaciones surgidas a la luz de la norma declarada inconstitucional afecta, en primera medida, la seguridad jurídica. Ésta es uno de los principios primordiales del derecho y puede ser entendida, para efectos de este estudio, como “*la estabilidad y aplicación del ordenamiento jurídico*”<sup>205</sup> o como la posibilidad del conocimiento del derecho gracias a la certeza que se tiene sobre el mismo. De esta forma, es claro que cuando se retrotrae la inconstitucionalidad de la norma estudiada al momento en que entró en vigencia, se ve sacrificada la estabilidad de las relaciones jurídicas. Es por este motivo que, para doctrinantes como Franklin Moreno Millán, la seguridad jurídica debe ser respetada por parte de la Corte Constitucional, pues “*la naturaleza de la seguridad jurídica es la de ser una expresión del valor supremo de la libertad. Pero a su vez, ser una de las caras de la justicia [porque] un derecho justo es por naturaleza un derecho cierto*”<sup>206</sup>.

Los derechos adquiridos y la confianza legítima constituyen restricciones adicionales a una autonomía plena de la Corte Constitucional. El concepto de los derechos adquiridos está íntimamente relacionado con el “*respeto de las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de las leyes. (...) Podría decirse que los elementos esenciales del concepto son los siguientes: una ley que consagre un derecho o garantía, la existencia de unas condiciones para acceder a ese derecho y el cumplimiento por parte de las condiciones exigidas en la ley por parte de una persona en particular*”<sup>207</sup>. Es así como en la Constitución, el artículo 58 consagra que los derechos adquiridos

---

<sup>204</sup> Franklin Moreno Millán, La acción pública de inconstitucionalidad: efectos temporales de los fallos. Págs. 16 -17. Ed., Leyer. (2008).

<sup>205</sup> Franklin Moreno Millán, La acción pública de inconstitucionalidad: efectos temporales de los fallos. Pág. 113. Ed., Leyer. (2008).

<sup>206</sup> *Ibíd.*, Págs. 113-115.

<sup>207</sup> *Ibíd.*, Págs. 116-118.

no pueden ser desconocidos ni ser vulnerados por leyes posteriores. Por otro lado, el principio de la confianza legítima “se ha considerado como una proyección de los principios de buena fe, seguridad jurídica, propiedad privada y derechos adquiridos. (...) Para que el principio de confianza legítima, amparado por el respeto al acto propio, pueda ser alegado como fuente de protección jurídica se requiere de la existencia de tres condiciones: una conducta anterior jurídicamente relevante y eficaz, el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona (...) y la identidad del sujeto (...) que se vincula en ambas conductas”<sup>208</sup>. De acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la confianza legítima se refiere a “situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su situación jurídica es modificable por las autoridades”<sup>209</sup>. En así como, para ciertos sectores de la doctrina, la Corte Constitucional, en ninguna circunstancia puede desconocer con sus actuaciones el respeto a las situaciones consolidadas a la luz de la norma declarada inconstitucional.

De conformidad con lo expuesto, es posible asegurar que la discusión respecto a los efectos retroactivos de los fallos judiciales implica una necesaria apreciación entre, en primera instancia, la exigencia de la declaratoria de efectos *ex tunc* y, en segunda instancia, la exigencia de limitación de tales efectos, en consideración a los principios que se pueden ver vulnerados. De hecho, la Corte ha afirmado que, “los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, de los principios encontrados: la supremacía de la Constitucional – que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc* (...) - y el respeto a la seguridad jurídica – que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc* (...)”<sup>210</sup>.

Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico colombiano deben existir restricciones (tales como la seguridad jurídica, los derechos adquiridos y la confianza legítima) a las que esté sujeta la Corte al momento de determinar la conveniencia de establecer la retroactividad de sus fallos, pues su

---

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>209</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-438 de 1996 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; Septiembre 17 de 1996).

<sup>210</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-055 de 1996 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; Febrero 15 de 1996).

facultad en esta materia no es ilimitada; más aun, si se considera que la retroactividad debe ser la excepción a la regla general. De hecho, en la mayoría de las circunstancias debe primar, en el análisis constitucional, la importancia de preservar la seguridad jurídica y los derechos adquiridos para garantizar así la libertad de los individuos. En muchos casos *“el permitir revisar todos los procesos que aplicaron la ley inconstitucional, provocaría la paralización de la administración de justicia con el consiguiente caos de la misma”*<sup>211</sup>.

Sin embargo, lo anterior no niega la necesidad de que exista, en todo caso, la posibilidad del Tribunal Constitucional de superar dichos límites en aras de garantizar que, en los casos en los que se presente una violación grave a la esencia de la Constitución, la Corte tenga la facultad de restablecer la vigencia del orden constitucional y la garantía de derechos fundamentales gravemente vulnerados. Esto significa, a su vez, que no pueden existir límites absolutos ni férreos a la posibilidad de decretar efectos retroactivos en las sentencias de inconstitucionalidad. De hecho, en los casos en que se superen las restricciones enunciadas, debe entenderse que *“la seguridad jurídica no puede separarse de las exigencias de bien común y justicia, porque aquella consiste en asegurar lo que se considera justo y a la sociedad de una época le importa garantizar por estimarlo necesario para sus fines (...). La seguridad de hoy debe ser una seguridad dinámica, no estática”*<sup>212</sup>.

Es así como, *“al hacer de los efectos temporales el objeto de una decisión propia, en cuanto no definida apriorísticamente (...) la Corte Constitucional [se] respondió a una necesidad que ya había surgido en algunos países de Europa, en donde, habiéndose acogido la regla general de los efectos retroactivos, se tuvo que corregir la rigidez del sistema reconociéndole al juez constitucional la facultad de valorar la posibilidad de otorgarle efectos prospectivos a sus sentencias cuando ello fuera menester. En Colombia se siguió el camino inverso, ya que partiendo*

---

<sup>211</sup> María del Carmen Blaso Soto. La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad. Pág. 23. Ed., Bosch. (1995).

<sup>212</sup> Alberto Vicente Fernández. Función creadora del juez (Tesis Doctoral). Pág. 48. Ed., Abeledo Perrot. (1980).

*de los efectos hacia el futuro, resultó indispensable reconocerle a la Corte la facultad de definir los efectos de sus sentencias también hacia el pasado*”<sup>213</sup>. Para lo cual es evidente que no pueden imponérsele a la facultad configurativa límites absolutos e insuperables.

En el sistema jurídico colombiano, por tanto, se consagra un régimen flexible que le permite a la Corte Constitucional evaluar, respecto de cada caso *sub examine*, si es imperativo decretar la retroactividad de sus decisiones y superar la regla general de fallos *ex nunc*; evaluación en la que se debe de realizar un análisis juicioso que tenga en consideración las consecuencias de las providencias en específico. El planteamiento de la anterior facultad, responde entonces a la dificultad que existe de “*comprometer al juez constitucional con una doctrina inflexible y la consecuente urgencia de conferirle libertad para definir los efectos temporales de sus sentencias*”

<sup>214</sup>.

#### **6.1.2 La facultad de la Corte para fijar los efectos retroactivos de los fallos desde el análisis económico del derecho**

A continuación se estudiará desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho la posibilidad que posee la Corte Constitucional de establecer que los efectos de las sentencias de constitucionalidad sean retroactivos.

Para explicar el fenómeno de los fallos de inconstitucionalidad con efectos *ex tunc* es imprescindible, antes que nada, considerar al Estado como ente productor de bienestar social<sup>215</sup>; lo cual resulta evidente si se considera que las funciones del Estado se determinan a la luz de los preceptos establecidos por la Constitución de 1991, que en su preámbulo consagra como la

---

<sup>213</sup> Abraham Sánchez Sánchez. Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia. Págs. 231-232. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. (2005).

<sup>214</sup> *Ibidem*, p.232.

<sup>215</sup> Fernando Castillo Cadena, Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico del derecho, Vniversitas. Julio-Diciembre de 2006. Pág.114.

finalidad de tal ente el asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, todo ello dentro de un marco que garantice un orden político, económico y social justo<sup>216</sup>.

Por lo tanto, “*para que el Estado pueda producir debe emplear unos factores de producción [y se asume, en este caso,] que los factores de producción están relacionados con la creación y garantía de los derechos de los asociados. En general, a mayor cantidad y garantía de derechos reconocidos por parte del Estado, mayor producción de bienestar a la sociedad*”<sup>217</sup>. Es así, como el Estado, y por lo tanto, las diversas ramas y órganos que lo integran deben orientar sus actuaciones y esfuerzos para que el establecimiento<sup>218</sup> y la protección de derechos sea cada vez sea superior. Adicionalmente, cabe aclarar, que para el presente examen los derechos antes mencionados serán entendidos como derechos y garantías constitucionales.

Dicho lo anterior, es importante, para empezar a desarrollar el análisis, partir del supuesto de la existencia de una ley (que es aquella que posteriormente será objeto del examen de constitucionalidad). Para efectos del presente estudio, se asume como supuesto que dicha ley no asigna de forma adecuada los beneficios sociales en términos de derechos constitucionales. Esto significa que, en concordancia con el deber del Estado de promover el bienestar social, la ley bajo estudio no fija apropiadamente los derechos constitucionales, de acuerdo a los lineamientos que se desprenden de la Constitución (y, por lo tanto, resulta transgresora de la misma). *Contrario sensu*, la existencia de dicha ley implica unos costos sociales en términos de prerrogativas

---

<sup>216</sup> El preámbulo de la Constitución de 1991 específicamente establece: “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA”.

<sup>217</sup> Fernando Castillo Cadena, Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico del derecho, Vniversitas. Julio-Diciembre de 2006. Pág.114- 115.

<sup>218</sup> En cuanto a la discusión doctrinal que existe en las corrientes del derecho sobre si el Estado crea o genera derechos, para el presente estudio, se considerará a modo de supuesto simple que es precisamente el Estado quien crea y garantiza derechos. (Ibídem. Pág.115).

constitucionales, lo cual significa que, a causa de la disposición, las facultades y los beneficios que se desprenden de la normativa constitucional se ven sacrificados.

De acuerdo a lo descrito, se plantea un primer escenario en el cual existe una ley cuyos costos y beneficios resultantes no fueron, *prima facie*, sopesados de forma adecuada por el legislador. Es así como la situación descrita es ineficiente, en la medida en que hay una inadecuada asignación de los recursos<sup>219</sup>; todo lo cual, implica un perjuicio resultante para la sociedad.

Es entonces la Corte Constitucional quien, a través del control de constitucionalidad, tiene la facultad de restablecer el equilibrio existente entre los beneficios y los costos sociales que se derivan de la ley. Por ello la norma estudiada, en la medida en que es ineficiente para la sociedad por generar mayores costos que beneficios (en términos de garantías constitucionales), debe ser declarada inconstitucional. Lo cual adquiere mayor sentido si se reitera que el Estado es un ente promotor del bienestar social. Sin embargo el Tribunal, como se vio en los apartes anteriores, tiene la posibilidad de establecer que la providencia tenga efectos retroactivos o hacia el futuro.

Intuitivamente, es dable sostener, que es eficiente, y por tanto deseable socialmente, que la declaratoria de inconstitucionalidad afecte la validez de todas aquellas situaciones consolidadas bajo la norma estudiada, únicamente si los beneficios generados por esa retroactividad, son superiores a los costos que la misma produce. De hecho, la anterior afirmación se puede sustentar haciendo uso del *Criterio de Kaldor-Hicks* que proclama: el paso de una situación A a una situación B es eficiente si “*la cuantía del beneficio de los ganadores es mayor que la cuantía del perjuicio de los perdedores, lo cual implica que los ganadores podrían compensar a los perdedores (aun cuando de hecho no lo hagan) y todavía retener algún beneficio*”<sup>220</sup>.

¿Cuáles son entonces los beneficios o los costos que se pueden generar como consecuencia de los efectos retroactivos? Los beneficios a los que se hace referencia anteriormente están conformados por las utilidades generadas por el restablecimiento de derechos constitucionales,

---

<sup>219</sup> Para este caso, entendidos los recursos como derechos constitucionales.

<sup>220</sup> Horacio Spector. Elementos de análisis económico del derecho. Pág. 13. Ed., Rubiznal-Culzoni. (2004).



antes vulnerados en razón a la ley declarada inconstitucional. Esto es aún más claro si se entiende que el bien más valorado en la sociedad, a la luz de la Carta de 1991, es la supremacía constitucional. En esta medida, se considera que los destinatarios de las ganancias son, tanto los individuos que de forma específica se ven afectados por los derechos constitucionales reasignados, como la sociedad en su conjunto, que recibe como provecho general el cumplimiento efectivo del ordenamiento constitucional. Por otro lado, los costos generados pueden ser múltiples, pueden estar en cabeza del Estado o de determinados particulares<sup>221</sup>, dependen del fallo específico: la inseguridad jurídica ( que puede ser entendida como un costo de transacción que deben asumir los individuos en las relaciones o negociaciones con otros actores económicos<sup>222</sup>); los costos generados por el funcionamiento “intempestivo” de la administración de justicia en virtud de la necesidad de retrotraer los efectos de la norma declarada inconstitucional; etc.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que si los titulares de las beneficios que se causan por la retroactividad, obtienen un provecho superior a los perjuicios generados a los titulares de los costos producidos por esa misma retroactividad (de tal forma que los primeros puedan compensar *potencialmente* la pérdida de los últimos), la declaración de un determinado fallo con efectos *ex tunc*, es deseable. De lo contrario es eficiente la declaratoria de una sentencia con efectos *ex nunc*.

Cabe especificar que el análisis relativo a los beneficios y costos hecho precedentemente, parte además del supuesto según el cual para la sociedad es fundamental la efectiva aplicación del orden constitucional y por lo tanto es importante que las actuaciones de los distintos poderes del Estado se adecuen al mismo. Es así, como al momento de ponderar los beneficios y los perjuicios

---

<sup>221</sup> Ejemplo de ello son los individuos de buena fe que se pueden ver afectados por el fallo retroactivo, por cuanto les son desconocidos los derechos adquiridos bajo la normatividad declarada inconstitucional.

<sup>222</sup> “La inseguridad jurídica se relaciona especialmente con lo que se denominó en el marco teórico de este estudio los costos de transacción (...). Toda actividad económica está sometida a algún grado de inseguridad, por cuanto los agentes toman decisiones en el presente pensando en resultados futuros”. Ver: Mauricio Pérez Salazar. *Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana durante la vigencia de la carta política de 1991*. Julio Alexei (coord.) Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Págs. 875 – 876. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2007).

producidos por los efectos ex tunc de los fallos, es fundamental el valor que la sociedad le asigna a la supremacía constitucional. Es decir, que el beneficio obtenido con este tipo de fallos, se modificará de acuerdo al valor que la sociedad le otorgue a los derechos constitucionales protegidos y restablecidos. Precisamente por este motivo, es que es posible entender cómo en ciertas circunstancias una sociedad puede preferir asumir determinadas cargas sociales en aras de que las instituciones que considera fundamentales sean salvaguardadas<sup>223</sup>.

Por lo tanto, es posible afirmar que, entre mayor sea el desconocimiento que la ley original signifique al ordenamiento constitucional esencial de la sociedad, en mayor medida será posible justificar la eficiencia de los efectos ex tunc de las sentencias de inconstitucionalidad (siempre realizando claro está, el debido análisis costo beneficio).

Finalmente, teniendo en cuenta el primer escenario en el que se analizó la ley inicial (posteriormente declarada inconstitucional), es posible afirmar que es necesario que el poder legislativo actúe de forma juiciosa y que respete los parámetros constitucionales esenciales, ello en la medida que, los costos generados por la sentencia de inconstitucionalidad con efectos retroactivos pueden ser evitados en primera instancia si el legislador sopesa de forma adecuada los beneficios y los costos que, en términos de derechos y garantías constitucionales, se producen por normas por expedidas.

En segundo lugar, teniendo en cuenta el escenario de control constitucional, cabe señalar que en aquellos casos en que la violación a la Constitución por parte de una ley sea grave, teniendo en cuenta los perjuicios sociales que esa inicial e inadecuada asignación de derechos constitucionales puede implicar, es deseable, de acuerdo al criterio de Kaldor-Hicks, decretar efectos retroactivos que modifiquen las situaciones surgidas y consolidadas al amparo de la norma

---

<sup>223</sup> Ello puede explicar porqué en ciertos ordenamientos las limitaciones a las facultades de la Corte de decretar efectos retroactivos son muy claras. En estos ordenamientos, tiene un valor preponderante la seguridad jurídica sobre el interés de que no subsistan situaciones jurídicas consolidadas a la luz de una norma inconstitucional.

inconstitucional. Lo anterior si se comprende que, socialmente hablando, es posible asumir los costos que dicha declaratoria puede generar porque los beneficios resultantes son superiores.

Es así como los efectos retroactivos de la declaratoria de inconstitucionalidad son deseables sólo en la medida en que los costos resultantes sean inferiores a los beneficios generados; y esto se presenta si la norma analizada produce una violación tal a la Constitución que la sociedad no pueda permitirse asumir los costos de avalar o de mantener situaciones que vulneren en sumo grado los derechos constitucionales; lo cual es claro si se entiende que el bien más valuado en la sociedad es el respeto por la esencia de la Constitución.

### **6.1.3 Análisis del caso de las sentencias de tutela relacionadas con el requisito de fidelidad en la pensión de sobrevivientes.**

A continuación se analizarán ciertas decisiones de la Corte Constitucional relacionadas con el hoy derogado requisito de fidelidad establecido en el sistema general de pensiones; caso que llama la atención en lo que al tema de modulación de los efectos temporales se refiere.

La pensión de sobrevivientes ha sido definida como *“la prestación que tiene por objeto proteger a los allegados dependientes económicamente del pensionado o de quien tiene derecho a la pensión cuando sobrevenga la muerte de éste. Consiste en la transmisión a su favor, por ministerio de la ley, del derecho a percibir la pensión. La finalidad y razón de ser de esta pensión, es la de ser un mecanismo de protección de los allegados dependientes del pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte”*<sup>224</sup>.

La ley 797 del 2003 estableció un requisito de fidelidad en su artículo 12, modificando el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. De acuerdo a esta norma, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes se requería que el fallecido cumpliera con las condiciones que se transcriben a continuación:

---

<sup>224</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1036 de 2008. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Octubre 23 de 2008).

*a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento; (...)*

*b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.*

Esta disposición fue demandada y la Corte estudió su constitucionalidad en la sentencia C-556 de 2009. En este fallo se estableció que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. La Corte encontró que los cambios introducidos por los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 aumentaron y agravaron los requisitos que establecía la Ley 100 de 1003 para obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes. De hecho la norma originalmente establecía como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes que el afiliado fallecido hubiere cotizado un mínimo de 26 semanas al momento de producirse el deceso, si se encontraba aportando al régimen, o si había dejado de cotizar, que hubiese realizado aportes como mínimo por 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjo el fallecimiento<sup>225</sup>.

La norma *sub examine* estableció un nuevo requisito de fidelidad al sistema, es decir, una cotización con una densidad del 20% y del 25% del tiempo transcurrido entre los extremos en ella señalados. Por este motivo en la sentencia se dijo que “*la exigencia de fidelidad de cotización, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, es una medida regresiva en materia de seguridad social, puesto que la modificación establece un requisito más riguroso para acceder a la pensión de sobrevivientes, desconociendo la naturaleza de esta prestación, la cual no debe estar cimentada en la acumulación de un capital, sino que por el contrario, encuentra su fundamento en el cubrimiento que del riesgo de fallecimiento del afiliado se está haciendo a sus beneficiarios*”.

---

<sup>225</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 2009. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Agosto 20 de 2009).

En consecuencia, por violar los principios de no regresividad y no discriminación, la Corte declaró inexecutable la norma bajo referencia, sin realizar pronunciamiento alguno en relación con los efectos temporales de su decisión. Por este motivo, los efectos de la sentencia C-556 de 2009 son hacia el futuro, de acuerdo con la regla general. Así, si la Corte no establece en el estudio de constitucionalidad que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad deben ser retroactivos, tal declaratoria de inexecutable no puede implicar el remedio de “*situaciones propiciadas por dicha norma con anterioridad a la declaración*”<sup>226</sup>. Con todo, a través de fallos de tutela<sup>227</sup> la Corte ha decidido modificar los alcances temporales de la sentencia C-556 de 2003, como se explicará a continuación.

En la Sentencia T-730 de 2009, se estudió el caso de la señora Zulys Esther Suárez Henríquez<sup>228</sup>. La Corte Constitucional, consideró en dicho evento que, a pesar de que la ocurrencia de la muerte del afiliado fue una situación anterior a la declaratoria de inexecutable de los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, dicha disposición contentiva del requisito de fidelidad al sistema no podía aplicarse por cuanto había sido expulsada del ordenamiento jurídico. Al respecto la Corte consideró que “*la sentencia de constitucionalidad [C-556 de 2008] lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de*

---

<sup>226</sup> Helena Alviar García. *Uso y límites de la acción pública de inconstitucionalidad*. Julio Alexei (coord.), Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Pág. 506. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2007).

<sup>227</sup> En principio la acción de tutela no procede respecto del reconocimiento de acreencias laborales o de derechos pensionales, por tratarse de una prestaciones económicas y porque precisamente para ello están instituidos los mecanismos ordinarios de solución de controversias (Véanse las Sentencias T-657 de 2005, T-691 de 2005, T-971 de 2005, T-1065 de 2005, T-008 de 2006, T-630 de 2006, T-692 de 2006, T-701 de 2006, T-836 de 2006, T-129 de 2007, T-168 de 2007, T-236 de 2007, T-326 de 2007, T-335 de 2007, T-593 de 2007, entre otras.). A pesar de ello, la jurisprudencia constitucional le ha otorgado a la pensión de sobrevivientes la calidad de derecho fundamental en aquellas circunstancias en las que el mínimo vital de los familiares del afiliado fallecido puede verse afectado por el no reconocimiento o pago de la misma (Véase Corte Constitucional. Sentencia T-072 de 2002. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; Febrero 7 de 2002).

<sup>228</sup> El señor José María Chiquillo había fallecido el 13 de mayo de 2008 y la señora Zulys Esther Suárez Henríquez presentó el 26 de junio de 2008 la solicitud Porvenir S.A. para que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes, por cuanto tanto ella como sus dos hijas dependían económicamente de él. El fondo de pensiones el 14 de enero de 2009 negó el reconocimiento de la misma por incumplimiento al requisito de fidelidad al sistema de pensiones.

*una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte tendría un carácter declarativo y no constitutivo*". Por este motivo, según el fallo no es posible argumentar, para negar el reconocimiento de la pensión por incumplimiento del requisito de fidelidad, que los elementos fácticos que sustentan la solicitud de la pensión de sobrevivientes habían ocurrido con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad; argumento que, sin embargo, debería ser de recibo si se considera que la sentencia C-556 de 2009 no tiene efectos retroactivos.

En esta medida el Tribunal considera que entre la interpretación que restringe la eficacia de la protección desde el momento en que se profirió la decisión de inconstitucionalidad hacia el futuro, y aquella que *"predica su eficacia incluso para las situaciones que se configuraron antes de proferirse la decisión de la Corte, la vigencia del principio pro homine en nuestro orden constitucional obligaría a preferir la interpretación más garantista para los afectados. (...) [Por tanto es dable] exigir única y exclusivamente los requisitos que siempre estuvieron conforme a la Constitución, en cuanto no incurrieran en limitaciones ilegítimas de los derechos sociales fundamentales"*<sup>229</sup>.

Considerando la argumentación realizada por la Corte, ¿es dable entonces deducir que el Tribunal Constitucional le atribuyó, en dicho fallo, efectos retroactivos a la declaratoria de inconstitucionalidad de la sentencia C-556 de 2008? En la práctica sí; como resultado del fallo de tutela las consecuencias de tal inexequibilidad se extienden a situaciones que se configuraron con anterioridad a dicha decisión, lo cual implica que los efectos de la sentencia C-556 de 2008 son, para cada caso en concreto, retroactivos.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha reiterado dicho precedente en otras decisiones de tutela, en las cuales ha ordenado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, negada por las instituciones de seguridad social por falta de cumplimiento de los requisitos

---

<sup>229</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-730 de 2009. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Octubre 15 de 2009).

establecidos en los literales a) y b) de la Ley 797 de 2003. A continuación se mencionan algunas de tales providencias.

Sentencia T-066 de 2010	• <i>"A pesar de que la sentencia C-556 de 2010 no tiene efectos retroactivos para el presente caso la sala concederá la protección de los derechos invocados por la accionante, puesto que los argumentos esgrimidos por la entidad accionada en cuanto al requisito de fidelidad, carecen de sustento constitucional, <b>al fundarse en la aplicación de una norma regresiva que vulnera el principio de progresividad propio de los derechos sociales inherentes a la seguridad social</b>".</i>
Sentencia T-166 de 2010	• <i>"Para la Corte, la aplicación del requisito de fidelidad aún cuando este hubiere estado vigente al momento de elevarse la solicitud, causó un efecto desproporcionado sobre la demandante y sus menores hijos (...). Precisamente, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de los literales mencionados, éstos salieron del ordenamiento jurídico, entonces la entidad accionada deberá para determinar si la pensión de sobrevivientes reclamada es procedente en este caso, <u>analizar los requisitos que son actualmente exigibles y no el requisito de fidelidad aún cuando este hubiere estado vigente al momento de elevarse la solicitud.</u>"</i>
Sentencia T-755 de 2010	• <i>"(...) la Sala concluye que la Sentencia C-556 de 2009 al efectuar el análisis de constitucionalidad de los literales a y b del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, encontrarlos contrarios al texto superior y declararlos inexecutable, los sustrajo del ordenamiento jurídico colombiano. Por ende, todo operador jurídico debe abstenerse de exigirlos o aplicarlos, toda vez que se estaría infringiendo una sentencia de control abstracto".</i>
Sentencia T-925 de 2010	• <i>"Sin embargo, a pesar de que la sentencia C-556 de 2009 no tiene efectos retroactivos, para el presente caso ésta Sala concederá la protección de los derechos invocados por la accionante, puesto que los argumentos esgrimidos por la entidad accionada en cuanto al requisito de fidelidad, carecen de sustento constitucional, al fundarse en la aplicación de una norma regresiva que vulnera el principio de progresividad propio de los derechos sociales inherentes a la seguridad social."</i>
Sentencia T-868 de 2011	• <i>"De conformidad con la jurisprudencia, en todo tiempo deviene inadmisibles exigir el presupuesto de fidelidad para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (...)"</i> • <i>"(...) las administradoras de fondos de pensiones no pueden seguir excusándose en que el hecho generador del derecho pensional solicitado sea anterior a los fallos de constitucionalidad, pues el carácter vinculante de la ratio decidendi de las decisiones de tutela se los impide (...)"</i>

La Corte Constitucional enfatiza en los pronunciamientos reseñados que el fallo de inconstitucionalidad de 2009 no tiene efectos retroactivos. Reconoce que si al momento de la ocurrencia de los hechos la Ley 797 de 2003 se encontraba vigente, la sentencia de inconstitucionalidad, *prima facie*, no puede aplicarse. Con todo, el Tribunal concede las tutelas y

decide inaplicar la norma del artículo 12 para evitar que se propague la vulneración de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de los actores<sup>230</sup>.

En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que la *ratio decidendi* de tales fallos de tutela constituye precedente constitucional y que por lo tanto las entidades de seguridad social deben darle aplicación a la sentencia C-556 de 2009 incluso en aquellos casos en los que el hecho generador del derecho pensional ocurrió con anterioridad al 20 de agosto de 2009, considerando que “*el requisito siempre fue considerado inconstitucional*”<sup>231</sup>.

#### **a. Críticas a los pronunciamientos de la Corte**

La situación antes descrita, resulta sin duda preocupante. Las decisiones que la Corte ha realizado en materia del requisito de fidelidad tienen como consecuencia resultados ineficientes e indeseables para el ordenamiento jurídico como se expondrá a continuación y para ello se realizará una crítica a tales decisiones desde una perspectiva jurídica y económica.

##### *a.a. Análisis jurídico*

En primera instancia, es importante mencionar razones de índole jurídico por las cuales se considera que la Corte Constitucional actuó excediendo sus facultades en el caso planteado. En primer lugar, es claro que la Corte tiene la facultad de determinar los efectos de sus fallos y, de acuerdo al análisis económico del derecho, es deseable que declare la retroactividad de los efectos cuando ésta sea eficiente. Sin embargo, no hay duda de que para hacer tal cosa el tribunal constitucional debe atenerse a los principios básicos del derecho procesal constitucional<sup>232</sup>.

En la sentencias C-113 de 1993 y C-131 de 1993, la Corte Constitucional estableció con suma claridad que el momento procesal para determinar si una declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos, es en la misma sentencia que estudia la constitucionalidad de la norma

---

<sup>230</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 2010. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Febrero 4 de 2010).

<sup>231</sup> *Ibidem*.

<sup>232</sup> Sobre el derecho procesal constitucional Colombiano véase: Hernán Alejandro Olano García. *Propuesta de principios procesales y de procedimiento para la construcción de un Código Procesal Constitucional en Colombia*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Enero-Junio 2010. At. 397. [http://www.iidpc.org/revistas/13/pdf/421\\_427.pdf](http://www.iidpc.org/revistas/13/pdf/421_427.pdf)



jurídica respectiva, ordenándolo así en la parte resolutive de la misma. Por lo tanto, las sentencias tienen efectos hacia el futuro a menos de que se resuelva lo contrario. Es así como, en sentencia C-737 de 2001, se resaltó que *“razones elementales de seguridad jurídica recomiendan que exista una regla general sobre los efectos en el tiempo de las sentencias del juez constitucional”*<sup>233</sup>.

En este sentido, si la Corte consideraba necesario, en aras de proteger el mínimo vital y el derecho a la seguridad social<sup>234</sup>, concederle efectos retroactivos a la sentencia C-556 de 2009 debió haberlo determinado así en la parte resolutive de la misma, pues, al no hacerlo, los operadores jurídicos deben entender que los efectos de tal fallo son hacia el futuro. En efecto así lo hizo el del Ministerio de la Protección Social en el concepto 246405 de 24-08-2010. En dicha oportunidad la entidad señaló que, a pesar de que los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 fueron declarados inexequibles, dicha declaratoria no tiene efectos retroactivos *“a menos que el mismo Tribunal Constitucional así lo determine. Por tanto, la Sentencia C-556 de 2009 se aplica únicamente a partir del 20 de agosto de 2009. En consecuencia, si el fallecimiento se produce con anterioridad a esta fecha, los requisitos señalados en los citados literales se encuentran vigentes para efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes”*<sup>235</sup>.

Por tanto, si la Corte no ordenó que los efectos de la sentencia en comento fueran retroactivos en el momento procesal pertinente, dicha corporación, más que ninguna otra, debe respetar tal determinación. Así mismo, no puede, por razones elementales de seguridad jurídica,

---

<sup>233</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-730 de 2009. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Octubre 15 de 2009).

<sup>234</sup> Con anterioridad a la declaración de inconstitucional de los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, la Corte en sentencias de tutela había decidido inaplicar tales requisitos, y conceder la pensión de sobrevivientes en un caso en que el afiliado fallecido no cumplía con los requisitos de fidelidad. Específicamente la corporación sostuvo que *“respecto de la no aplicación de los requisitos exigidos por ley, para acceder a la pensión por contrariar el principio de progresividad, esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, en casos relacionados con el derecho a obtener la pensión de invalidez. [Los] mismos criterios los que deben aplicarse en esta oportunidad, en la que la pretensión de la accionante va encaminada a obtener la pensión de sobrevivientes (...) [y] esta Sala procederá a aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 con el objetivo de proteger los derechos de la accionante y de sus menores hijas”* (Corte Constitucional. Sentencia T-1036 de 2008. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Octubre 23 de 2008)).

<sup>235</sup> Ministerio de la Protección Social. Concepto 246405 de 24-08-2010.

posteriormente adoptar una posición diversa y modificar lo decidido en el asunto mediante sentencias de tutela, implementando una “política pública” al respecto<sup>236</sup>.

Dichas actuaciones exceden claramente las facultades del tribunal. Esta corporación no posee potestades ilimitadas y debe, en aras de respetar la armonía del ordenamiento jurídico, atenerse a las oportunidades procesales pertinentes para establecer cuando un fallo de constitucionalidad debe tener efectos retroactivos. De lo contrario se atentaría gravemente con la cosa juzgada constitucional y se abrirían las puertas a un nuevo análisis de asuntos ya decididos por el juez de constitucionalidad.

*a.b. Análisis desde una perspectiva económica*

Si la Corte no respeta las oportunidades procesales para declarar la retroactividad de los efectos de sus fallos y lesiona el principio de cosa juzgada constitucional, afecta gravemente la seguridad jurídica como resultado. En este orden de ideas, la Corte no puede modificar los efectos temporales de las sentencias de constitucionalidad mediante acciones de tutela, pues como consecuencia vulnera seriamente la estabilidad y certeza del ordenamiento jurídico, precisamente como ocurre en el caso referido.

Retomando el análisis económico realizado anteriormente sobre los efectos retroactivos, es evidente que, inicialmente, la Ley 797 de 2003, en lo relacionado con el requisito de fidelidad, no asignó de forma adecuada los beneficios sociales en términos de derechos constitucionales y por ende generó altos costos sociales en términos de prerrogativas constitucionales. Posteriormente, la sentencia C-556 de 2009 declaró inconstitucional dicha disposición restableciendo el equilibrio entre los beneficios y los costos sociales generados por la norma expulsada del ordenamiento. Sin embargo, teniendo en cuenta el pronunciamiento de inconstitucionalidad, dicho fallo debe tener

---

<sup>236</sup> Fernando Castillo en su artículo denominado acción de tutela y políticas públicas resalta como la Corte Constitucional, a través de pronunciamientos de tutela establece verdaderas políticas públicas. Tal cosa puede lograrse mediante la reiteración de jurisprudencia y la prevención a la autoridad pertinente para que no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dan mérito para conceder la tutela, y para evitar su repetición. Fernando Castillo Cadena. *Acción de tutela y políticas públicas*. Álvarez Londoño Luis Fernando, Castillo Cadena Fernando y Sult Cock Vanessa. Seguridad Jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Hacia un derecho eficiente. Pontificia Universidad Javeriana. (2011).

efectos hacia el futuro. ¿Resulta eficiente entonces que en un escenario posterior al fallo de constitucionalidad, cuando debe aplicarse la regla general de efectos hacia el futuro, la Corte Constitucional ordene otorgarle efectos retroactivos a la sentencia?

La producción de fallos de tutela como los reseñados y, más aún, la creación mediante ellos de una política pública contraria a lo que se deriva *prima facie* de la sentencia C-566 de 2009 (respecto del tratamiento que debe dársele al requisito de fidelidad), produce una alta inseguridad jurídica y, por lo tanto, genera costos de transacción para los operadores jurídicos (entendidos tales costos como aquellos que deben asumir los actores económicos en las relaciones o negociaciones jurídicas). Una actividad decisoria por parte del tribunal constitucional como la que se analiza, genera sin duda caos en las relaciones jurídicas por cuanto la confianza de los operadores jurídicos en principios tales como la cosa juzgada se ve vulnerada. De hecho, nociones tales como la imposibilidad de que se presenten discusiones jurídicas perpetuas<sup>237</sup> se ven socavadas. En esta medida, cuando la Corte no actúa en consonancia con los patrones procesales imperativos y previsibles la certeza de los agentes en el ordenamiento jurídico disminuye<sup>238</sup> inevitablemente.

Así mismo, se generan otro tipo de costos para la sociedad en general. Mientras las entidades estatales de la seguridad social y la cultura jurídica en general discierne el nuevo tratamiento que, de acuerdo a la Corte Constitucional, debe dársele al requisito de fidelidad de pensión de sobrevivientes, y por la desinformación al respecto, se producen decisiones erradas y disímiles, lo cual implica una utilización de los recursos disponibles ineficiente.

En la misma medida existen incentivos para los usuarios de la seguridad social, afectados por la aplicación del requisito de fidelidad, a acudir a los jueces constitucionales para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Esto implica a su vez un aumento en la demanda

---

<sup>237</sup> Nattan Nisimblat. *La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional colombiana y el principio del estoppel en el derecho anglosajón*. Vniversitas. Enero-Junio de 2009. At. 247.

<sup>238</sup> “La previsibilidad de la actuación estatal (...) asegura a los ciudadanos (...) la paz y el clima de confianza que instauran las condiciones psicológicas necesarias para el trabajo, el desarrollo, la afirmación y la expansión de la personalidad”. (Altaliba Geraldo. Seguridad Jurídica, Capítulo VII de la obra República e Constituição. Ed., Revista dos Triunais. (1985). Traducción y notas de Antonio Bellever Sánchez. [http://www.ipdt.org/editor/docs/01\\_Rev22\\_GA.pdf](http://www.ipdt.org/editor/docs/01_Rev22_GA.pdf)).

judicial de tutela y un costo de oportunidad para la administración de justicia. Al respecto Fernando Castillo Cadena afirma que la acción de tutela “*impide de una otra manera que los jueces de la República dediquen su tiempo al desarrollo de otros procedimientos, aunque menos valuados constitucionalmente, igual de importantes para la sociedad individualmente considerada. (...) Por lo tanto es claro que existe un costo de oportunidad para el juez al momento de atender las acciones de tutela que se presentan en su despacho (...) [que] está dado por la falta de atención a los demás procesos que deben seguirse en los despachos judiciales*”<sup>239</sup>. Es claro entonces que la sociedad se ve perjudicada por interpretaciones confusas y disímiles sobre la normatividad aplicable en materia de la pensión de sobrevivientes.

Por el contrario, los beneficios que pueden derivarse de tales decisiones de tutela están relacionados con el restablecimiento y la adecuada asignación de las prerrogativas constitucionales; derivados del restablecimiento del equilibrio entre los beneficios y los costos sociales generados por la aplicación del requisito de fidelidad para aquellas situaciones de hecho anteriores a la sentencia C-566 de 2009.

Considerando lo dicho anteriormente, por lo tanto, en un escenario posterior a la sentencia de constitucionalidad y habiendo superado la oportunidad procesal para declarar efectos retroactivos, aplicando el *Criterio de Kaldor-Hicks*<sup>240</sup> se evidencia que es ineficiente que la Corte mediante acciones de tutela le otorgue efectos retroactivos a la sentencia C-566 de 2009 en la medida en que el costo para la sociedad en términos de seguridad jurídica es inmenso y, más aun, superior al potencial beneficio que genera la salvaguardia del derecho a la seguridad social<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> Fernando Castillo Cadena. *Acción de tutela y políticas públicas*. Álvarez Londoño Luis Fernando, Castillo Cadena Fernando y Suelt Cock Vanessa. Seguridad Jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Hacia un derecho eficiente. Pontificia Universidad Javeriana. (2011).

<sup>240</sup> Para mayor claridad se menciona de nuevo el teorema: el paso de una situación A a una situación B es eficiente si “*la cuantía del beneficio de los ganadores es mayor que la cuantía del perjuicio de los perdedores, lo cual implica que los ganadores podrían compensar a los perdedores (aun cuando de hecho no lo hagan) y todavía retener algún beneficio*” (Horacio Spector. Elementos de análisis económico del derecho. Pág. 13. Ed., Rubiznal-Culzoni. (2004).).

<sup>241</sup> Es importante resaltar que se está haciendo un análisis considerando únicamente los costos y beneficios en un escenario posterior a la decisión de constitucionalidad. De hecho, en este momento del análisis, no se está

En conclusión la Corte Constitucional no puede olvidar que no existen derechos absolutos; entre justicia y eficiencia debe existir un necesario *trade off*<sup>242</sup> por cuanto “una sociedad que despilfarre recursos básicos no puede ser considerada una sociedad justa”<sup>243</sup>. Por ende, la Corte debe respetar su competencia en términos de la determinación de los efectos temporales de sus fallos y no puede modificar lo decidido en la oportunidad procesal pertinente, a través de sentencias de tutela, como lo hizo en el caso planteado. Tal actividad decisoria excede sin duda las facultades del tribunal constitucional y es, además, ineficiente.

## 6.2 LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DIFERIDA

La inconstitucionalidad diferida, como ya se ha mencionado, es un tipo de modulación de los efectos temporales de las sentencias de constitucionalidad. En este tipo de sentencias la Corte Constitucional encuentra que una determinada norma jurídica es contraria a las disposiciones constitucionales; sin embargo, y a pesar de ello, el Tribunal Constitucional decide abstenerse de anular la norma bajo examen y prolongar la vigencia de la misma durante un determinado período de tiempo, al vencimiento del cual, la norma *sub examine* será inexecutable y por lo tanto expulsada del ordenamiento jurídico.

Se trata entonces de sentencias de inconstitucionalidad con efectos prospectivos en las que precisamente se difiere la ejecutoria de la sentencia y, por tanto, la inexecutable encontrada por la Corte produce efectos en una fecha posterior y determinada, o desde la ocurrencia de determinada situación.<sup>244</sup> En este tipo de decisiones el tribunal constitucional encuentra que retirar del

---

revisando si en términos de derechos fundamentales y valores constitucionales, es “justo” que el requisito de fidelidad implementado por la Ley 797 de 2003 deba aplicarse o no a los casos anteriores a la sentencia C-566 de 2009.

<sup>242</sup> Fernando Castillo Cadena. *Acción de tutela y políticas públicas*. Álvarez Londoño Luis Fernando, Castillo Cadena Fernando y Suelto Cock Vanessa. Seguridad Jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Hacia un derecho eficiente. Pontificia Universidad Javeriana. (2011).

<sup>243</sup> Albert Casamiglia Citado por: Vanessa Suelto Cock. *Los problemas Jurídicos de la garantía del derecho a la salud*. Álvarez Londoño Luis Fernando, Castillo Cadena Fernando y Suelto Cock Vanessa. Seguridad Jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Hacia un derecho eficiente. Pontificia Universidad Javeriana. (2011).

<sup>244</sup> Nattan Nisimblat. *La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional colombiana y el principio del estoppel en el derecho anglosajón*. Universitas. Enero-Junio de 2009. At. 247.

ordenamiento de forma inmediata la norma inconstitucional puede generar una situación aún más perjudicial para la estabilidad política, económica o social que mantener la vigencia de una norma contraria a la Constitución. *“Esto permite lo que la jurisprudencia alemana ha llamado una “afable transición” de la declarada situación de inconstitucionalidad al estado de normalidad”*<sup>245</sup>. Por regla general entonces, para evitar la ocurrencia de un vacío normativo la Corte le otorga un lapso de tiempo al legislador, para que regule la materia respectiva y en este sentido se logre un adecuado tránsito entre dos regulaciones sin traumatismos para la economía o el orden político y social<sup>246</sup>.

A pesar de que el artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia no se refiere expresamente al tema de la modulación temporal de los efectos de los fallos<sup>247</sup>, la Corte Constitucional ha entendido que la propia función que ejerce como guardiana de la supremacía constitucional la faculta para ordenar inconstitucionalidades diferidas. En efecto, sostiene que el propio artículo 241 es la norma que le permite *“adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda y la supremacía de la constitución”*<sup>248</sup>.

De acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el vacío traumático producido por la expulsión automática de una norma considerada inconstitucional, afecta más gravemente valores y principios constitucionales que la vigencia en el ordenamiento jurídico de una disposición considerada inexecutable<sup>249</sup>. *“Las sentencias de inexecutable diferida nacen entonces de la necesidad que tienen los tribunales constitucionales de garantizar la integridad de la Constitución, en eventos en donde no es posible expulsar del ordenamiento, de manera inmediata,*

---

<sup>245</sup> Hernán A. Olano García, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. Vniversitas. Noviembre 2004. At. 572.

<sup>246</sup> En la Sentencia C-700 de 1999 se *“anuló en su totalidad el sistema UPAC para la financiación de vivienda, por cuanto la regulación correspondía al legislador y había sido expedida por el ejecutivo”*. (Hernán A. Olano García, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. Vniversitas. Noviembre 2004. At. 572. Pág. 585).

<sup>247</sup> *“Constituyen la regla general por mandato legal, contenido en el artículo 45 de la ley 270 de 1996, las sentencias inmediatas, o sea las que rigen a partir de la ejecutoria del fallo y pro futuro, de modo que forma la excepción las retroactivas y las diferidas”* (Javier Henao Hidrón. Derecho procesal constitucional. Ed., Temis. (2006).

<sup>248</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-737 de 2001. (M.P. Jaime Araujo Rentería; Noviembre 29 de 2001).

<sup>249</sup> *Ibíd.*

*una regulación legal, por los efectos inconstitucionales que tendría esa decisión, pero tampoco es posible declarar la constitucionalidad de la regulación, pues el tribunal ha constatado que ésta vulnera alguna cláusula de la Carta*<sup>250</sup>.

En esta medida, el tribunal afirma que es dable acudir a este tipo de sentencias cuando sea ese el único instrumento para garantizar la integridad de la Carta. En la sentencia C-737 de 2001 la Corte estableció, auto limitándose, ciertos requisitos que se deben cumplir para que la corporación pueda declarar este tipo de inconstitucionalidad, a saber:

1. La modalidad de decisión debe estar plenamente justificada.
2. Debe ser claro que la declaración de inexecutable inmediata ocasiona una situación más grave, desde el punto de vista constitucional, que el mantenimiento de dicha disposición.
3. El juez constitucional debe explicar detalladamente la pertinencia de acudir a una sentencia de inexecutable con efectos prospectivos, y porque no resulta adecuado recurrir a una sentencia integradora<sup>251</sup>.
4. Es necesario justificar a extensión del plazo conferido al legislador *“el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales”*<sup>252</sup>

A pesar de lo dicho anteriormente, existen doctrinantes que se oponen a la ultractividad de los fallos de inconstitucionalidad por cuanto consideran que es jurídicamente contradictorio que una norma declarada inconstitucional, por el propio guardián de la supremacía constitucional, siga

---

<sup>250</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-737 de 2001. (M.P. Jaime Araujo Rentería; Noviembre 29 de 2001).

<sup>251</sup> En la Sentencia C-737 de 2001, la Corte explicó que es posible acudir a una sentencia integradora para garantizar la supremacía de la Carta de 1991. En esta medida sostiene que el tribunal mismo, mediante tal tipo de sentencias puede llenar el vacío legal que produce la declaración de inconstitucionalidad de una norma. *“En efecto, por medio de esa sentencia, el traumático vacío de regulación, que producía impactos inconstitucionales, es llenado por medio de un nuevo mandato que la sentencia integra al sistema jurídico, proyectando directamente los mandatos constitucionales en el ordenamiento legal”*. Por lo tanto, debe acudirse a sentencias de constitucionalidad temporal cuando el mantenimiento de la disposición inexecutable no es absolutamente lesivo para los valores superiores y el legislador tiene la posibilidad de optar por múltiples opciones para la regulación de la materia bajo examen. (Véanse las sentencias C-112 de 2000 y C-141 de 2001).

<sup>252</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-737 de 2001. (M.P. Jaime Araujo Rentería; Noviembre 29 de 2001).

vigente. De hecho, si una ley, que se sabe que es inconstitucional, continua “vigente” tal ley “*se le coloca por encima de la Constitución y con ello se destruye el principio de supremacía de la Constitución y se acaba con el estado de derecho*”<sup>253</sup>. En este orden de ideas, el magistrado Jaime Araujo Rentería sostiene en el salvamento de voto a la sentencia C-452 de 2002 que en la Constitución Colombiana de 1991 no hay “*una norma expresa que faculte a la Corte constitucional para establecer una excepción a la regla general (que es que la norma deja de regir inmediatamente se ha publicado la sentencia de inexecutable)*”<sup>254</sup> La Corte Constitucional por muy guardiana que sea de la Constitución no tiene poder constituyente y es un mero órgano constituido, que como tal se encuentra sometida al artículo 121 de la Constitución que establece muy claramente que “*ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley*”<sup>255</sup>. En esta medida, en su concepto, la Corte termina por incurrir en actuaciones arbitrarias y que se encuentran por fuera de lo establecido por la Constitución<sup>256</sup>.

En efecto, la facultad de la corte de ordenar efectos prospectivos de los fallos de inexecutable está lejos de ser un tema pacífico y, por el contrario, suscita amplios debates.

---

<sup>253</sup> Corte Constitucional. Salvamento de Voto a la Sentencia C-452 de 2002 de Jaime Araujo Rentería.

<sup>254</sup> En la Constitución Austriaca de 1920, por el contrario, establecía expresamente la facultad de diferir en el tiempo los efectos de un fallo de inconstitucionalidad “*con el fin de que durante ese tiempo el Parlamento pudiese dictar una nueva ley ajustada a la constitución que reemplazase a la declarada inconstitucional. Con ese propósito se permitía a la Corte Constitucional Austriaca en una norma de la propia constitución diferir los efectos de sus fallos por un término máximo de seis (6) meses y se exigía además un pronunciamiento expreso de la Corte cuando hacía uso de esta facultad. Posteriormente por una reforma de la Constitución Austriaca se amplió dicho término hasta por un (1) año, que es el que actualmente rige*” (Corte Constitucional. Salvamento de Voto a la Sentencia C-452 de 2002 de Jaime Araujo Rentería)

<sup>255</sup> Corte Constitucional. Salvamento de Voto a la Sentencia C-452 de 2002 de Jaime Araujo Rentería.

<sup>256</sup> Posición similar es la adoptada por el magistrado Alfredo Beltrán Sierra quien afirma lo siguiente: “*Si bien es verdad que las autoridades públicas se encuentran instituidas para colaborar armónicamente en la realización de los fines del Estado (artículo 113 de la C.P.) y para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y del interés general (artículo 2º Constitución Política), lo cual podría explicar la decisión de diferir en el tiempo los efectos de esta sentencia para que, en un lapso razonable pueda expedirse por el Congreso de la República, sí así lo considera procedente, una nueva ley que regule los asuntos a que se refiere la Ley 619 de 2000, a mi juicio, la inexecutable de las norma acusada ha debido tener aplicación inmediata, pues, si una ley o parte de ella, o un decreto ley, o un decreto legislativo se encuentran contrarios a la Carta Política y, por lo mismo, así se declara por quien tiene a su cargo la guarda de la integridad y primacía de la Constitución (artículo 241 Constitución Política), riñe con la lógica jurídica que lo que es inconstitucional prolongue su existencia en el tiempo con posterioridad al fallo en el que así se declara por esta Corporación*” (énfasis fuera del texto) (Corte Constitucional. Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-737 de 2001. (M.P. Jaime Araujo Rentería; Noviembre 29 de 2001).).



### **6.2.1 La facultad de la Corte para fijar los efectos ultractivos de los fallos desde el análisis económico del derecho**

En la práctica, al margen de que se incurra en una contradicción jurídica o no, la Corte Constitucional acude a los fallos de constitucionalidad temporal. Por ende, en realidad es importante preguntarse si tales decisiones son eficientes y, en consecuencia, deseables. Para tal fin se analizarán tales fallos desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho retomando el Criterio de Kaldor- Hicks.

En el caso de las sentencias de inconstitucionalidad con efectos diferidos, antes de que la Corte Constitucional realice el estudio de constitucionalidad se parte el siguiente escenario: la vigencia de una ley (que será objeto del estudio de constitucionalidad) que no asigna de forma adecuada los beneficios sociales en términos constitucionales. En este sentido, esta ley implica una serie de costos para la sociedad en cuanto las prerrogativas constitucionales y los beneficios que se desprenden de la Constitución se ven sacrificados. Se trata entonces de escenario hipotético inicial en el que existe una norma jurídica cuyos costos y beneficios no fueron sopesados adecuadamente por el legislador y, por tanto, se genera una distribución ineficiente de los recursos<sup>257</sup> y un perjuicio resultante para la sociedad en general<sup>258</sup>.

En efecto, cuando la Corte realiza el estudio de constitucionalidad, encuentra que la norma jurídica *sub examine* es contraria a los mandatos de la Constitución y por lo tanto debe ser retirada del ordenamiento jurídico declarando su inexecutable. Con todo, el análisis realizado en estos casos por el Tribunal arroja también la conclusión de que un fallo de anulación con efectos inmediatos puede generar una situación de inestabilidad política, social o económica grave.

En efecto la Corte debe decidir entre uno de los siguientes dos escenarios:

---

<sup>257</sup> Entendidos los recursos como derechos constitucionales.

<sup>258</sup> Se evidencia como este primer escenario generado por la vigencia de una norma inconstitucional, es idéntico al supuesto inicial del estado de las cosas analizado en el estudio de los fallos de inconstitucionalidad con efectos retroactivos.

1. La vigencia de una norma inconstitucional, que genera una distribución ineficiente de los beneficios y prerrogativas constitucionales y que, por tanto, debería ser anulada (fallo de inexecutableidad con efectos prospectivos).
2. La anulación inmediata de la norma inconstitucional, que genera una situación perjudicial para la sociedad por cuanto el vacío normativo causado por la pérdida de vigencia de la disposición declarada inexecutable tiene como consecuencia altos costos de transacción y la afectación grave de bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

Por lo tanto, ¿en qué casos resulta eficiente la declaratoria de efectos ultractivos o diferidos por parte del Tribunal Constitucional? Aplicando el Criterio de Kaldor- Hicks resulta eficiente la declaratoria de efectos ultractivos cuando la transición de la situación A (vigencia de una norma inconstitucional) a la situación B (anulación de la norma inexecutable) genere unos costos superiores a los beneficios resultantes<sup>259</sup>, de modo que los potenciales beneficiados no puedan compensar hipotéticamente a los potenciales perjudicados. En esta medida, no resulta eficiente la declaratoria de efectos prospectivos cuando los beneficios resultantes de la declaratoria de inexecutableidad inmediata sean superiores a los costos que implica para la sociedad dicha inexecutableidad.

En efecto, los beneficios generados por la declaratoria de inexecutableidad general son sin duda el restablecimiento de los derechos y prerrogativas constitucionales, y la asignación de los mismos de forma eficiente. Por el contrario, dicha declaratoria de inconstitucionalidad puede, así mismo, implicar la vulneración de otros principios y derechos constitucionales, y tener como consecuencia inmediata la producción de un vacío jurídico y normativo. Por tanto, ante una grave inestabilidad e inseguridad jurídica repentina pueden generarse altos costos de transacción, que según Carlos Pablo Márquez Escobar son “*el costo asociado con la creación, mantenimiento o modificación de las instituciones. (...) Son costos de transacción todos aquellos sacrificios económicos en que se incurre por el desarrollo de actividades, transacciones e intercambios de*

---

<sup>259</sup> Los beneficios resultantes de declarar la inexecutableidad inmediata de la norma constitucional están representados por los beneficios sociales, en términos de derechos constitucionales, resultantes del restablecimiento de las prerrogativas constitucionales.

*derechos sobre bienes, servicios o flujos, sea que éstos se hagan a través del mercado o por medio de la creación, modificación, cambios o eliminación de una institución u organización*”<sup>260</sup>.

Por tanto, si los costos potenciales derivados de la expulsión del ordenamiento de la norma inexecutable son superiores a los potenciales beneficios sociales constitucionales que dicha expulsión podría generar, no es eficiente la declaratoria inmediata de inconstitucionalidad, y es deseable ordenar el efecto ultractivo de la decisión.

### **6.2.2 La sentencia C-700 de 1999**

En la Sentencia C-700 de 1999 la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del UPAC. Este caso, es un claro ejemplo de aquellos eventos en los que la eliminación de una regulación o normatividad jurídica puede tener un alto impacto económico o político. En este sentido, a pesar de que la Corte sostuvo que las normas del Decreto 663 de 1993 se entendían retiradas del ordenamiento jurídico desde la fecha de notificación de la sentencia referida por ser inconstitucionales, el Tribunal encontró que era necesario darle una oportunidad al Legislador para que estableciera las directrices correspondientes del sistema UPAC evitando que se creara un vacío normativo por falta de normatividad aplicable<sup>261</sup>.

En este sentido, al considerar los efectos temporales de la sentencia de constitucional deben analizarse los costos y beneficios de la declaratoria de inexecutable inmediata de la norma analizada.

<b>Beneficios de la declaratoria de inconstitucionalidad inmediata del Decreto 663 de 1993.</b>	<b>Costos de la declaratoria de inconstitucionalidad inmediata del Decreto 663 de 1993.</b>
La Corte encuentra que la regulación sobre vivienda a largo plazo debe estar contenida en una ley dictada por el Congreso y, de ninguna manera, pueden emanar de un decreto expedido en razón de facultades extraordinarias.	La declaratoria de inexecutable inmediata del Decreto 663 de 1993, habría implicado sin duda la existencia de un vacío normativo inmediato. De hecho, haber dejado sin efectos el sistema UPAC, hubiera implicado que la

<sup>260</sup> Carlos Pablo Márquez Escobar. Anotaciones sobre el análisis económico del derecho. Ed., Pontificia Universidad Javeriana. (2005).

<sup>261</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-700/99 (M.P. José Gregorio Hernández; Septiembre 16 de 1999).

<p>En este sentido, al declarar la inconstitucionalidad del decreto mencionado se obtienen beneficios para la sociedad en general, en la medida en que se restablece una adecuada distribución de los valores y prerrogativas constitucionales. La sociedad deja de incurrir en costos en términos de derechos constitucionales, derivados de una mala asignación de los mismos (situación que ocurre en vigencia de la norma inconstitucional)<sup>262</sup>.</p>	<p>regulación sobre la financiación de vivienda a largo plazo se habría quedado sin un sistema de financiación aplicable en reemplazo del UPAC. Así las cosas, los costos de dicho vacío normativo hubieran sido sin duda alarmantes para la sociedad, y hubieran implicado una afectación deplorable al sector financiero. Por tanto, los costos sociales y económicos derivados del vacío jurídico habrían causado costos de transacción abrumadores.</p>
--	---

Así, sopesando los beneficios y los costos de una declaratoria de inconstitucionalidad inmediata del Decreto 663 de 1993, es evidente que los potenciales costos resultantes de la misma, superan los potenciales beneficios de tal decisión, y, por tanto, de acuerdo al Criterio de Kaldor-Hicks, no habría resultado eficiente la declaratoria de inexecutable inmediata de la norma. En este orden de ideas, la decisión de la inconstitucionalidad ultractiva sí era eficiente para el caso estudiado.

La Corte en dicha oportunidad estableció que era razonable que la ultractividad de las normas excluidas del ordenamiento jurídico se prolongaran hasta el final de la legislatura vigente,

---

<sup>262</sup> Resulta importante resaltar cómo dicha asignación ineficiente de las prerrogativas y valores constitucionales, materializada en el sistema UPAC, se tradujo en una crisis hipotecaria que afectó seriamente a los deudores y a la economía nacional. “La difícil situación fue generando una descomposición en el ambiente de los créditos hipotecarios, (...); encontrando además que personas que habían incurrido en créditos hipotecarios, llegaban a un punto extremo donde sus pasivos eran mayores que sus activos (y esto por simple contabilidad genera una pérdida y una imposibilidad de continuar con las obligaciones) (...). Ante esta situación los deudores se vieron obligados a entregar sus viviendas en dación de pago a las instituciones financieras, por la imposibilidad de cubrir la obligación, situación común entre los deudores durante aproximadamente 5 años” (Andrés M. Mora Cuartas. *El UPAC y la UVR: aspectos generales sobre el origen y el desarrollo del crédito hipotecario en Colombia*. Revista MBA EAFIT. At. 12. Pág. 19. <http://www.eafit.edu.co/revistas/revistamba/Documents/upac-uvr.pdf>).

Pablo Molina, al referirse a la época de vigencia del UPAC sostuvo que “esta situación, al enfrentarse con el rezagado incremento de los ingresos de los deudores y con una caída en el precio de las viviendas y, por consiguiente, de pérdida de valor de las garantías que respaldaban los préstamos otorgados ha tenido graves consecuencias: para los deudores que atraviesan por enormes dificultades para atender sus obligaciones con las entidades financieras; para éstas, por cuanto han incurrido en enormes quebrantos patrimoniales; para la actividad constructora, que está completamente paralizada y registra una actividad inferior (...) y para la fuerza laboral que estaba desempleada” (Pablo Molina. *El nuevo sistema de financiamiento de vivienda*”. Revista Economía Colombiana. Número 276. Págs. 34 -35).

es decir, hasta el 20 de junio del 2000 con el fin de que el legislador estableciera el nuevo sistema de financiamiento aplicable<sup>263</sup>

Por tanto, como se evidencia en este caso, *“la Corte [no] puede ser insensible a las posibles consecuencias inconstitucionales de sus decisiones. En efecto, si una decisión tiene como efecto directo o indirecto la afectación grave y palmaria de derechos fundamentales o de bienes constitucionalmente protegidos, la Corte, como guardiana integral de la Constitución, debe intentar controlar estos efectos”*<sup>264</sup>. En estos escenarios es prudente que la corporación le otorgue al legislador un plazo prudencial para que regule la materia y el tránsito en la legislación se produzca sin traumatismos<sup>265</sup>.

## 7 CONCLUSIÓN

- En el contexto del neoconstitucionalismo moderno y del nuevo rol que los jueces adquieren en el mismo, surgen nuevos tipos de sentencias y categorías jurídicas como garantías constitucionales efectivas de la supremacía constitucional. En este escenario y considerando la existencia de opiniones doctrinales disímiles acerca del activismo judicial, el análisis económico del derecho se erige como herramienta de estudio fundamental pues sus diferentes postulados propenden por buscar la eficiencia en las normas jurídicas y fallos judiciales, lo que permite un mayor acercamiento del derecho a la realidad.
- En el marco del constitucionalismo moderno la Corte no se limita a decidir en sentencias declarativas, sino que se ha visto en la necesidad de modular las mismas. En el marco legal colombiano la Corte Constitucional tiene plenas facultades de pronunciarse en sentencias de constitucionalidad condicionada siempre y cuando las mismas se limiten a determinar

---

<sup>263</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-700/99 (M.P. José Gregorio Hernández; Septiembre 16 de 1999).

<sup>264</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2007. (M.P. Jaime Córdoba Triviño; Junio 27 de 2007).

<sup>265</sup> Ello fue lo que sucedió así mismo en el caso de la sentencia C-491 de 2007. La Corte decidió postergar por una legislatura la entrada en vigencia de su fallo de inconstitucionalidad para efectos de que el Congreso de la República pudiera expedir el régimen de contratación de gastos reservados *“con sometimiento pleno a lo dispuesto en la Constitución sobre la materia”* (Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2007. (M.P. Jaime Córdoba Triviño; Junio 27 de 2007).

una forma específica de interpretar la disposición analizada, de lo contrario, según lo estudiado de la teoría de la separación de poderes, si añade requisitos a la norma se está extralimitando e invadiendo las esferas del legislador. Sin embargo, lo anterior es una realidad fáctica frente a la cual hay que plantear soluciones para que si la Corte va a añadir requisitos lo haga de forma eficiente. Para esto se propuso aplicar el Análisis Económico del Derecho en particular el teorema normativo de Coase, en donde lo que se busca es que la Corte al añadir requisitos a las sentencias de constitucionalidad condicionada elimine todos los costos de transacción que la norma analizada involucre, para que de esta forma cumplir con el derecho sea menos costoso para los agentes y por lo tanto prefieran conservarlo.

- La modulación de los efectos temporales de los fallos de constitucionalidad es una prerrogativa del Tribunal Constitucional que debe ser utilizada de forma eficiente. La declaración de la retroactividad de las sentencias de constitucional le permite a la Corte garantizar la supremacía de la Carta Política; sin embargo, implica la afectación de ciertos principios y derechos, tales como la seguridad jurídica y los derechos adquiridos. Por su parte, las decisiones prospectivas de constitucionalidad suscitan polémicas y discusiones jurídicas en torno a la posibilidad de que una norma jurídica siga vigente a pesar de conocer que la misma trasgrede el ordenamiento jurídico constitucional. En ambos casos el Criterio de Kaldor-Hicks constituye una herramienta de análisis que permite determinar cuando el uso de tales modulaciones temporales por parte del Tribunal Constitucional es eficiente y, por ende, deseable. En esta medida, al acudir a dicho criterio las decisiones moduladas del Tribunal evitan el riesgo de ser utilizadas de forma arbitraria e ilimitada en su aplicación.
- En general, la posibilidad de la Corte de modular sus sentencias y los efectos de sus fallos debe estar limitada, única y exclusivamente, a cuando dicha modulación tenga como resultado soluciones eficientes, de acuerdo a los parámetros estudiados y expuestos en este

estudio, a la luz del análisis económico del derecho. En este sentido, será posible responder adecuada y eficientemente a las realidades y necesidades jurídicas actuales, evitando que las actuaciones de la Corte carezcan de sentido y le generen mayores costos a la sociedad en general.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Abraham Sánchez Sánchez. Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. (2005).

Albert Casamiglia Citado por: Vanessa Suelst Cock. *Los problemas Jurídicos de la garantía del derecho a la salud*. Álvarez Londoño Luis Fernando, Castillo Cadena Fernando y Suelst Cock Vanessa. Seguridad Jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Hacia un derecho eficiente. Pontificia Universidad Javeriana. (2011).

Alberto Vicente Fernández. Función creadora del juez (Tesis Doctoral). Ed., Abeledo Perrot. (1980).

Alejandro Martínez Caballero. *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*, Jurisdicción constitucional de Colombia: la corte constitucional 1992-2000. Ed., Konras Adenaver. (2001).

Alessandro Pizzorusso. Lecciones de derecho constitucional. Ed., Centro de Estudios Constitucionales. (1984).

Alfredo Bullard Gonzáles. Derecho y Economía el análisis económico de las instituciones legales 2da. Edición. Ed., Palestra. (2009).

Altaliba Geraldo. Seguridad Jurídica, Capítulo VII de la obra República e Constituição. Ed., Revista dos Triunais. (1985). Traducción y notas de Antonio Bellever Sánchez. [http://www.ipdt.org/editor/docs/01\\_Rev22\\_GA.pdf](http://www.ipdt.org/editor/docs/01_Rev22_GA.pdf)

Andrés Ibáñez. El juez, en El oficio de jurista (edición de Díez Picazo). Ed., Siglo XXI. (2006).

Andrés M. Mora Cuartas. *El UPAC y la UVR: aspectos generales sobre el origen y el desarrollo del crédito hipotecario en Colombia*. Revista MBA EAFIT. At. 12. Pág. 19. <http://www.eafit.edu.co/revistas/revistamba/Documents/upac-uvr.pdf>

Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Octubre 2 de 2009).

A. Barak. The Judie in a democracy. Ed., Princeton University Press. (2006).

Carlos Amaya. Corte Constitucional y economía: análisis de fallos y propuestas para el caso colombiano. Ed., Banco Interamericano de Desarrollo. (2001).

Carlos Andrés Uribe Piedrahita & Fernando Castillo Cadena. "el otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia (un análisis jurídico y económico). Ed., Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. (2006).

Carlos Pablo Márquez. Anotaciones sobre el análisis económico del derecho. Ed., Pontificia Universidad Javeriana. (2005).

Charles Rowley. Public Choice and the Economic Analysis of the Law. Law and Economics. Ed., Kluwer Academic Press. (1989).

Comunicado de prensa de la Corte Constitucional.

[http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/COMUNICADO%20A%20LA%20OPINION%20PUBLICA%20\(COMUNICADOS%20DE%20PRENSA\).pdf](http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/COMUNICADO%20A%20LA%20OPINION%20PUBLICA%20(COMUNICADOS%20DE%20PRENSA).pdf).

Constitución Política de Colombia [Const.], Art. 234. Julio de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-006 de 1992 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Mayo 12 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-113 de 1993 (M. P. Jorge Arango Mejía; Marzo 25 de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-109 de 1995 (M.P DR. Alejandro Martínez Caballero; Marzo 15 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-055 de 1996 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; Febrero 15 de 1996).

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1996. (M.P. Hernando Herrera Vergara; Agosto 23 de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-438 de 1996 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; Septiembre 17 de 1996).

Corte Constitucional. Sentencia C-700 de 99 (M.P. José Gregorio Hernández; Septiembre 16 de 1999).

Corte Constitucional. Sentencia C-737 de 2001. (M.P. Jaime Araujo Rentería; Noviembre 29 de 2001).

Corte Constitucional. Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-737 de 2001. (M.P. Jaime Araujo Rentería; Noviembre 29 de 2001).

Corte Constitucional. Sentencia T-072 de 2002. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; Febrero 7 de 2002).

Corte Constitucional. Salvamento de Voto a la Sentencia C-452 de 2002 de Jaime Araujo Rentería.



Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 1153 de 2005 (M. P Marco Gerardo Monroy Cabra: Noviembre 11 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 075 de 2007 (M.P DR. Rodrigo Escobar Gil: Febrero 2 de 2007)

Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2007. (M.P. Jaime Córdoba Triviño; Junio 27 de 2007).

Corte Constitucional. Sentencia T-1036 de 2008. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Octubre 23 de 2008).

Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 2009. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Agosto 20 de 2009).

Corte Constitucional. Sentencia T-730 de 2009. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Octubre 15 de 2009).

Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 2010. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Febrero 4 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 252 de 2010 (M. P Dr. Jorge Iván Palacio Palacio: Abril 16 de 2010).

Diego Younes Moreno. Derecho constitucional colombiano. Ed., Grupo Editorial Ibáñez. (2006).

Edgar Solano González. Sentencias manipulativas e interpretativas y el respeto a la democracia en Colombia. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2000).

Edgar Solano González. *La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.* en Julio Alexei. Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2007).

Eduardo Ferrer Mac-Gregor ET AL. Interpretación constitucional. Ed., Porrúa. (2005).

Eduardo García de Enterría. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Ed., Civitas. (1995).

Eduardo J. Prats. Derecho Constitucional. Ed., Gaceta Judicial. (2005).

Eliseo Aja Et Al. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual. Ed., Ariel. (1998).

Fernando Castillo Cadena, Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico del derecho, Vniversitas. Julio-Diciembre de 2006.

Fernando Castillo Cadena. *Acción de tutela y políticas públicas*. Álvarez Londoño Luis Fernando, Castillo Cadena Fernando y Suelst Cook Vanessa. Seguridad Jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Hacía un derecho eficiente. Pontificia Universidad Javeriana. (2011).

Francisco José Eguiguren Praeli. Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional. Pág. 170. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/343/10.pdf>

Franklin Moreno Millán, La acción pública de inconstitucionalidad: efectos temporales de los fallos. Ed., Leyer. (2008).

Gaspar Caballero Sierra. Corte Constitucional y legislador contrarios o complementarios. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. (2002).

Guido Calabresi & Douglas Melamed. “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la Catedra”. Ed., Centro de Estudios Públicos. (1996)

Gustavo Zagrebelsky. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Ed., Trotta. (2007).

G. Florida. La costituzione dei moderni. Ed., Giappichelli. (1991).

Helena Alviar García, *Uso y límites de la acción pública de inconstitucionalidad*, Julio Alexei (coord.), Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2007).

Hamilton, H. Madison & J.Jay. El Federalista. Ed., Fondo de Cultura Económico. (1994).

Hernán A. Olano García, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. Vniversitas. Noviembre 2004. At. 572.

Hernán Alejandro Olano García. Tipología De Nuestras Sentencias Constitucionales. Vniversitas. Julio-diciembre de 2004. At. 571.

Hernán Alejandro Olano García. *Propuesta de principios procesales y de procedimiento para la construcción de un Código Procesal Constitucional en Colombia*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Enero-Junio 2010. At. 397. [http://www.iidpc.org/revistas/13/pdf/421\\_427.pdf](http://www.iidpc.org/revistas/13/pdf/421_427.pdf)

Hernando Torres Corredor. La Corte Constitucional entre la economía y el derecho .Ed., Universidad el Quindío. (2002)

<http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra173.pdf> ( Marzo 2001)

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS24.pdf>. (1999)

Horacio Spector. Elementos de análisis económico del derecho. Ed., Rubiznal-Culzoni. (2004).

Humberto A. Sierra Porto. Sentencias de inconstitucionalidad: jurisdicción española. Ed., Universidad Externado de Colombia. (1995).

Iván Vila Casado. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Ed., Legis. (2007).

Jacobo Pérez Escobar. Derecho Constitucional Colombiano. Ed., Temis. (2004).

Jaime O. Santofimio Gamboa. Tratado de derecho administrativo. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2007).

Javier Henao Hidrón. Derecho Procesal Constitucional. Ed., Temis. (2001).

Javier Henao Hidrón. Derecho procesal constitucional. Ed., Temis. (2006).

Javier Tobo Rodríguez. La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia. Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. (1998).

José Almagro Nosete y Pablo Saavedra Gallo. Lecciones de derecho procesal: laboral, Contencioso – administrativo, Constitucional. Ed., Tirant lo Blanch. (1991).

José Antonio Rivera Santiváñez. *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno*. Estudios constitucionales. Noviembre de 2004. At. 585.

José G. Hernández. Poder y Constitución el actual constitucionalismo colombiano. Ed., Legis. (2001).

Jorge Humberto Botero. Revista QUAESTIONES IURIDICAE. Pág. 14. Ed., Universidad Javeriana. (1994). Citado por Alfonso Elajch Manrique y Juan David Castillo García, Modulación de efectos en el tiempo de las sentencias de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional (Tesis de grado). <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS24.pd>

Jorge Vargas Jaramillo con Alfonso Parra Ossa. La Constitución Colombiana 1991: Economía y Análisis Económico de la Jurisprudencia en la Corte Constitucional. Contexto. 2001. At. 4.

Juan Carlos Esguerra Portocarrero, “Nuestro control de constitucionalidad no tiene controles , pero ciertamente tiene límites”, Ricardo SANÍN RESTREPO, Justicia constitucional, El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo, Bogotá, Legis, 2006.

Juan Torres López. Análisis Económico del Derecho. Ed., Tecnos. (1987).

Lina Marcela Escobar Martínez. La Modulación de Sentencias. Una antigua práctica europea. Vniversitas. Julio-diciembre de 2006. At. 91

Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diciembre 28 de 1990. DO. N° 39.615

Luis C. Sáchica Aponte. Derecho constitucional general. Ed., Temis. (2006).

Manuel Aragón Reyes. El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. Ed., Universidad Externado de Colombia (1997).

Manuel Fernando Quinche Ramírez. Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas. Ed., Ibañez, (2008).

Manuel José Cepeda Espinoza. *La ubicación de la Corte Constitucional*. Jurisdicción constitucional de Colombia: la Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas. Ed., Konrad Adenauer Stiftung. (2001).

Manuel José Cepeda Espinosa. Poder y Constitución el actual constitucionalismo colombiano. Ed., Legis. (2001).

Manuel José Cepeda Espinoza. Polémicas constitucionales. Ed., Legis. (2007).

María del Carmen Blaso Soto. La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad. Ed., Bosch. (1995).

Mauricio Pérez Salazar. *Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana durante la vigencia de la carta política de 1991*. Julio Alexei (coord.) Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2007).

Ministerio de la Protección Social. Concepto 246405 de 24-08-2010.

Miguel Carbonell. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. Miguel Carbonell Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Ed., UNAM. (2007).

Miguel M. Padilla. Derecho Constitucional, organización del Estado. Ed., Abeledo - Perrot S.A. (1998).

Montesquieu. Del espíritu de las leyes. Ed., Sarpe. (1984).

M. Ahumada Ruíz. La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y bases políticas. Ed., Civitas. (2005).

M. Troper. *Tre esercizi di interpretazione costituzionale*. Analisi e diritto. Ed., Ricerche di giurisprudenza analitica. (1990).

Nattan Nisimblat. *La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional colombiana y el principio del estoppel en el derecho anglosajón*. Vniversitas. Enero-Junio de 2009. At. 247.

Pablo Molina. *El nuevo sistema de financiamiento de vivienda*". Revista Economía Colombiana. Número 276.

Paolo Biscaretti di Ruffia. Diritto Costituzionale. Ed., Jovene. 1986.

Paolo Comanducci. *Modelos e interpretación de la Constitución*. Miguel Carbonell. Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Pág. 60. Ed., Trotta, UNAM. (2007).

Raúl Bocanegra Sierra, El valor de las sentencias del tribunal constitucional. Ed., Instituto de Estudios de Administración Local. (1982).

Riccardo Guastini. *Sobre el concepto de Constitución*. Miguel Carbonell. Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Ed., Editorial Trotta, UNAM. (2007).

Ricardo Sanín Restrepo ET AL. Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Ed., Legis. (2006).

Roberto I. Blanco Valdes, El valor de la Constitución. Ed., Alianza. (1994)

Ronald Coase. "El Problema del Costo Social". Ed., Centro de Estudios Públicos (1992).

Ronald Dworkin. The moral Redding of the Constitution. Ed., Harvard University Press. (1996).

Ronald Dworkin. La justicia con toga. Ed., Casa del Libro. (2007).

Sandra Morelli Rico. La Corte Constitucional: un papel institucional por definir. Ed., Academia Colombiana de Jurisprudencia. (2001).

Vladimiro Naranjo. Teoría constitucional e instituciones políticas. Ed., Temis. (2006).

## **ANEXO 1. TABLAS DE ANÁLISIS FÁCTICO**

Para la elaboración del presente trabajo de grado, se realizó una investigación y estudio empírico de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional emitidas en un lapso de tiempo de diez (10) años, del 2001 al 2010. La finalidad de dicho estudio era determinar el tipo de decisiones tomadas por la Corte, en lo que se refiere a la modulación de sus decisiones y los efectos temporales de los fallos.

En este orden de ideas, se analizaron año por año las sentencias de constitucionalidad, y los resultados de dicho estudio, están consignados en 10 tablas de Excel (una tabla por cada año) estructuradas de la siguiente manera:

- Las tablas tienen las siguientes columnas
  - Radicación de la sentencia
  - Normas violadas
  - Decisión adoptada por la Corte (exequible, inexecutable, parcialmente exequible o parcialmente inexecutable, exequibilidad condicionada, inhibición, estarse a lo resuelto)<sup>266</sup>
  - Tipo de exequibilidad condicionada (aditiva o agregar requisitos, interpretativa, sustitutiva)<sup>267</sup>.

<sup>266</sup> Las siglas utilizadas son:

Decisión	I		Inexecutable
	E		Exequible
	PARC	E	Exequibilidad parcial
		I	inexecutable parcial
	EC		Exequibilidad condicionada
	INH		Inhibida
	EAR		Estarse a lo resuelto

<sup>267</sup> Las siglas utilizadas son:

Exequibilidad Condicionada	ARQ	Agrega requisitos ( aditiva)
	INTER	Interpretativa
	SUTVA	Sustitutiva

- o Efectos en el tiempo (efectos hacia el futuro, efectos retroactivos, efectos ultractivos)<sup>268</sup>.

La investigación empírica reflejada en las tablas mencionadas constituye el pilar sobre el que se realiza el presente trabajo de grado y los resultados sistematizados de la misma se presentan en los gráficos del Anexo II.

Efectos en el tiempo	EP	Efectos hacia el pasado
	U	Efectos ultractivos
	---	Efectos hacia el futuro (constituyen las regla general, debe entenderse que los efectos son hacia el futuro si no se establece EP o EU).

## **ANEXO 2. GRÁFICOS**

Teniendo en consideración la investigación empírica realizada, a continuación se presentan los resultados de la misma a través de tres gráficos, a saber:

- En el primero de ellos, se toman en consideración la totalidad de las sentencias de constitucionalidad y se refleja el porcentaje de las mismas en las que existe una decisión de constitucionalidad condicionada, respecto de otro tipo de decisiones de constitucionalidad (tales como, exequibilidad pura y simple, inexequibilidad, inhibición, la decisión de estarse a lo resuelto en otras sentencias).
- En el segundo gráfico, se consideran exclusivamente las sentencias en las que se adoptan decisiones de constitucionalidad condicionada, para mostrar el porcentaje de sentencias con decisiones interpretativas y el porcentaje de sentencias que agregan requisitos.
- Finalmente, el tercer gráfico se consideran los efectos en el tiempo de las sentencias de constitucionalidad, teniendo en consideración las sentencias con efectos hacia el futuro, las sentencias con efectos retroactivos y las sentencias con efectos ultractivos.

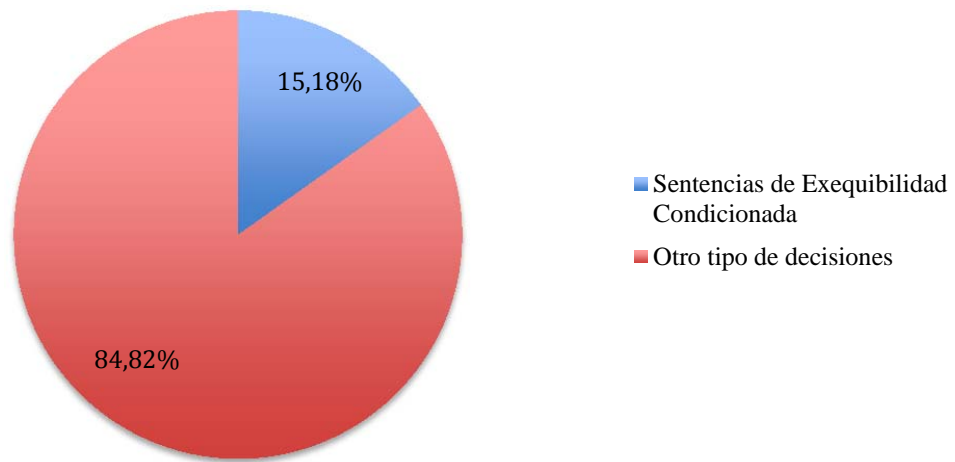
Así mismo, en un primer momento se reflejan los anteriores gráficos año por año, para luego mostrar los valores totales de los diez (10) años considerados.



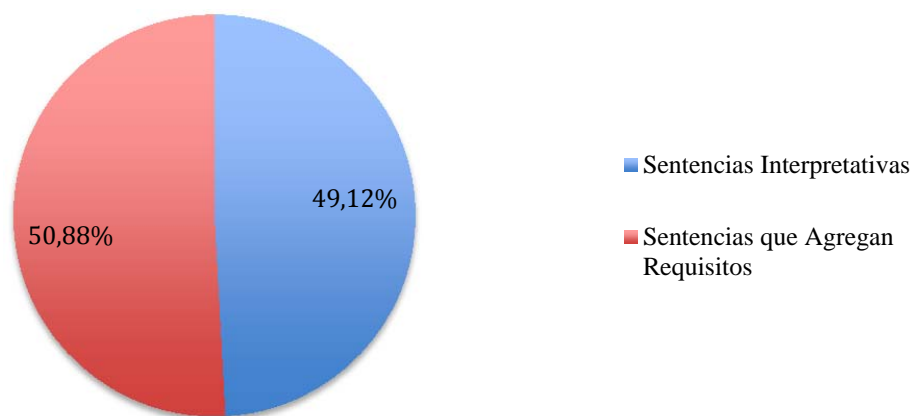
1. DATOS AÑO POR AÑO (2001 A 2010)

1.1 AÑO 2001

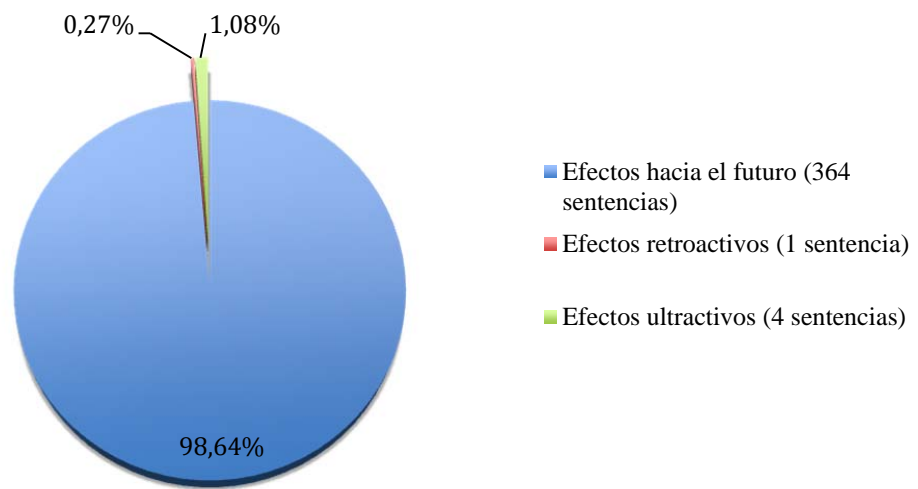
**Sentencias de constitucionalidad 2001**



**Setencias de exequibilidad condicionada 2001**

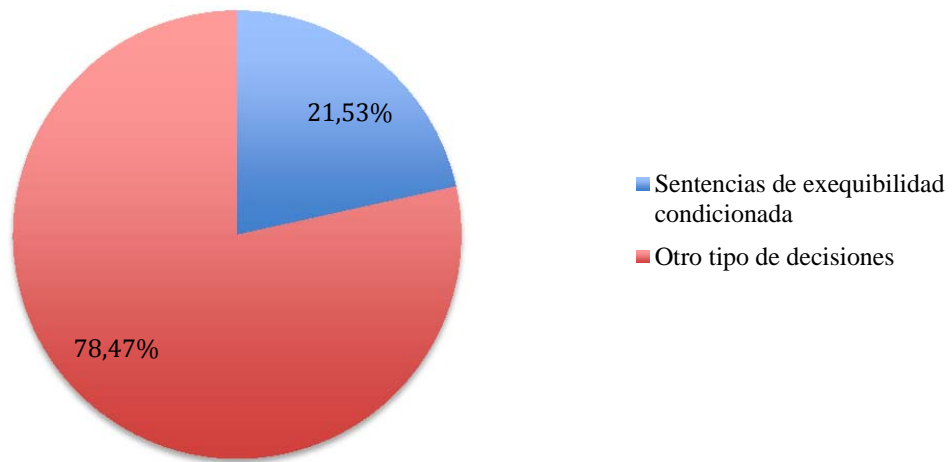


## Efectos en el tiempo de las sentencias 2001

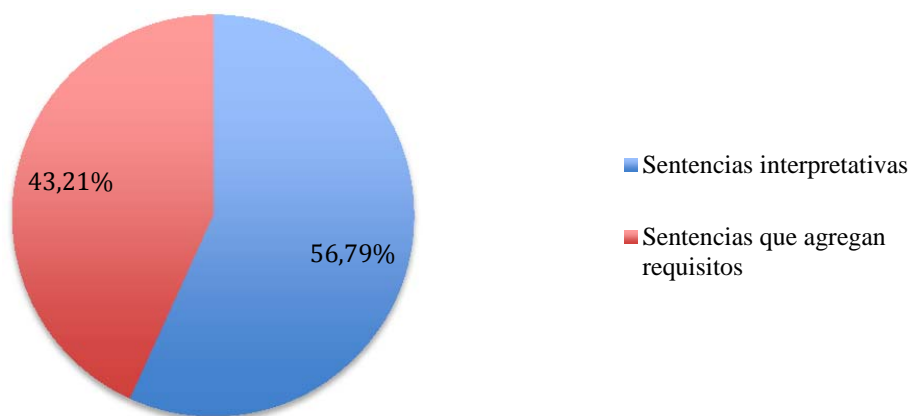


## 1.2 AÑO 2002

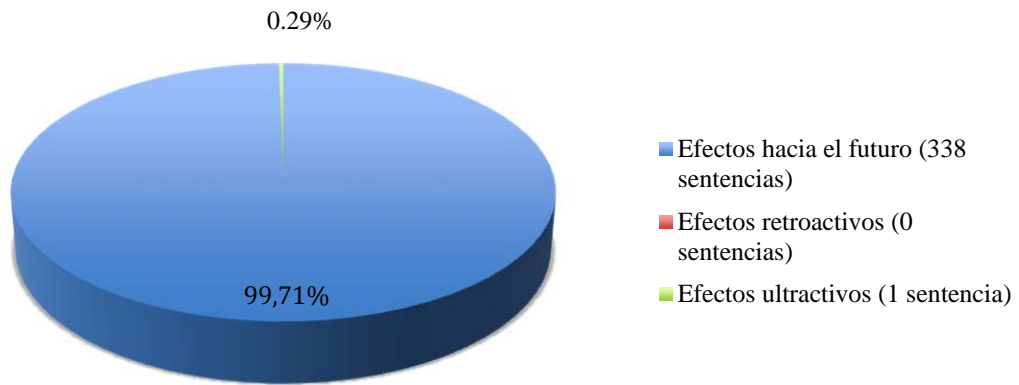
### Sentencias de constitucionalidad 2002



### Sentencias de exequibilidad condicionada 2002

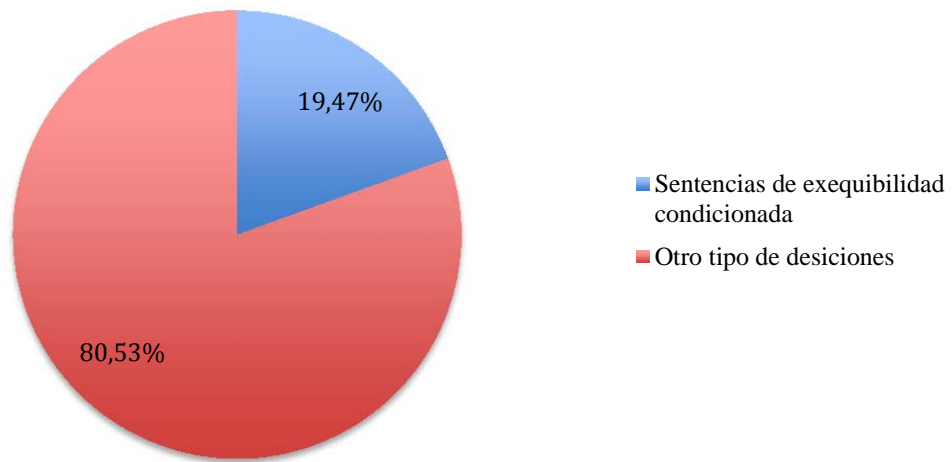


## Efectos de las sentencias 2002

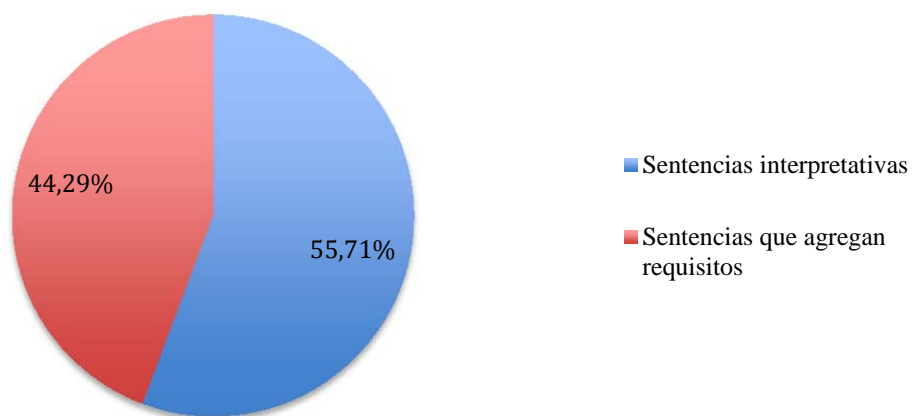


### 1.3 AÑO 2003

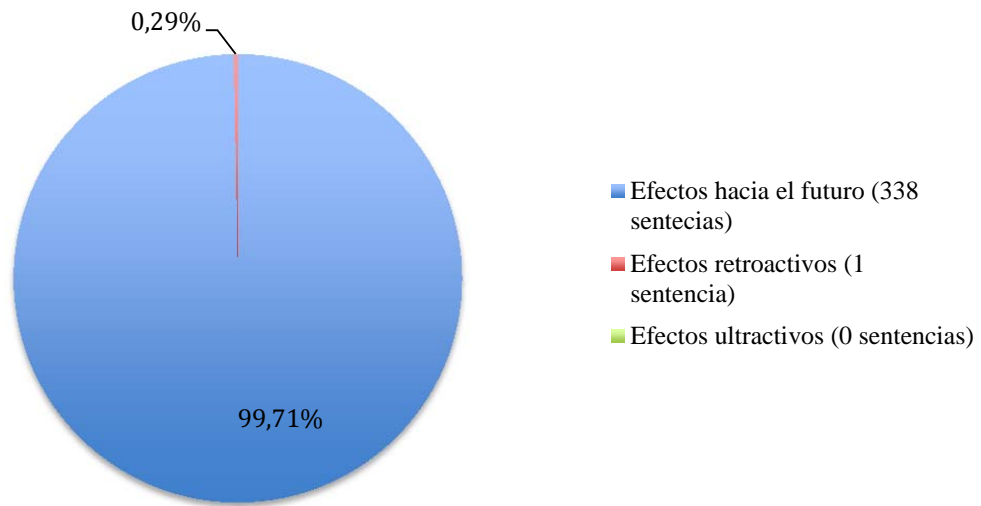
#### Sentencias de constitucionalidad 2003



#### Sentencias de exequibilidad condicionada 2003

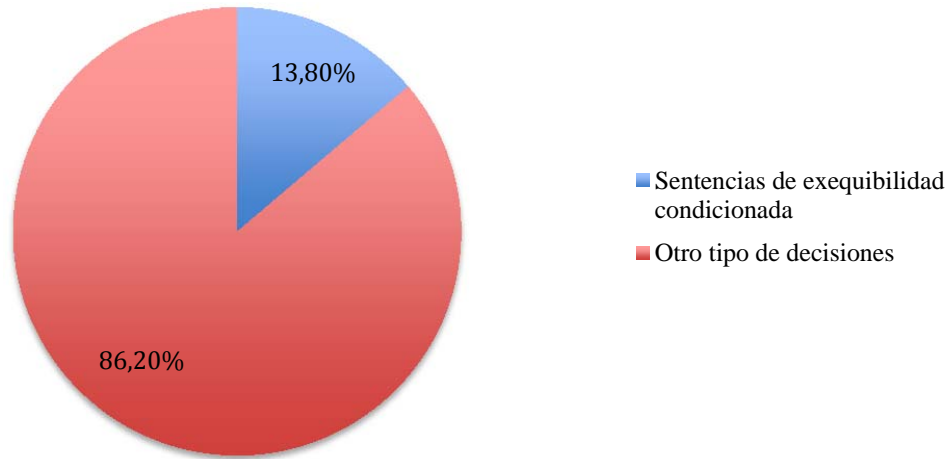


## Efectos de las sentencias 2003

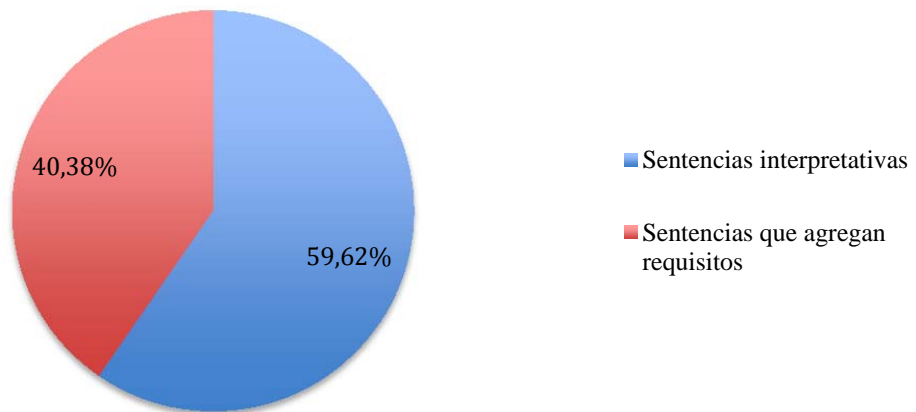


#### 1.4 AÑO 2004

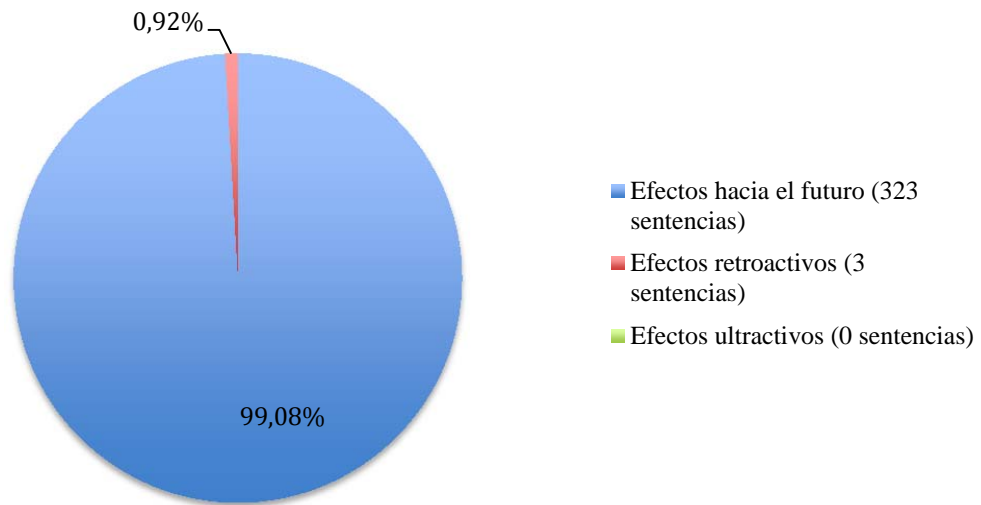
### Sentencias de constitucionalidad 2004



### Sentencias de exequibilidad condicionada 2004



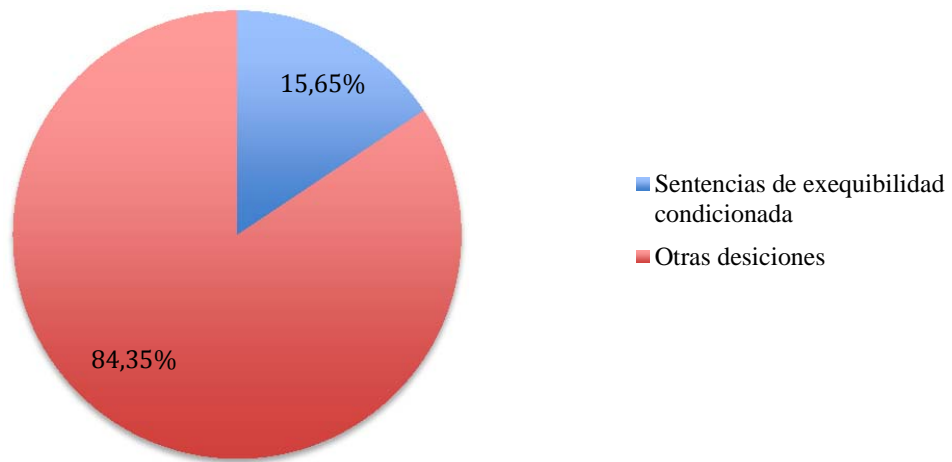
## Efectos de las sentencias 2004



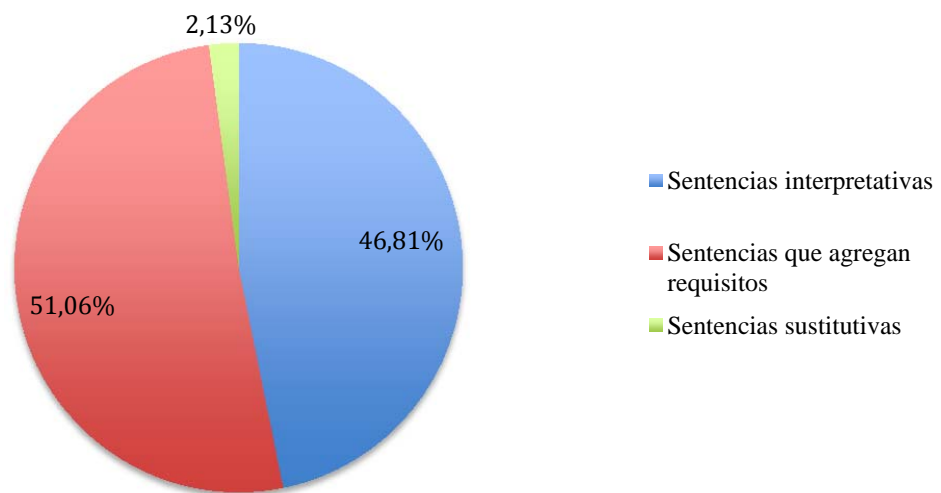


## 1.5 AÑO 2005

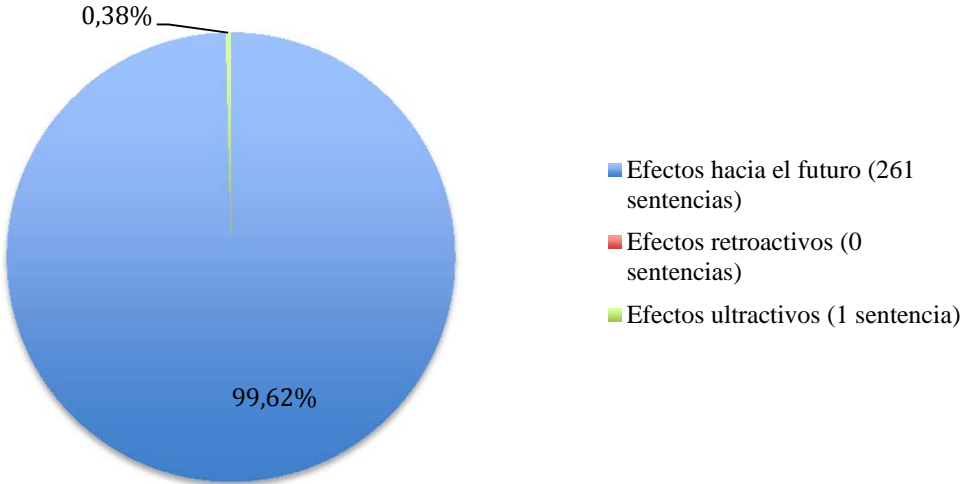
### Sentencias de constitucionalidad



### Sentencias de exequibilidad condicionada

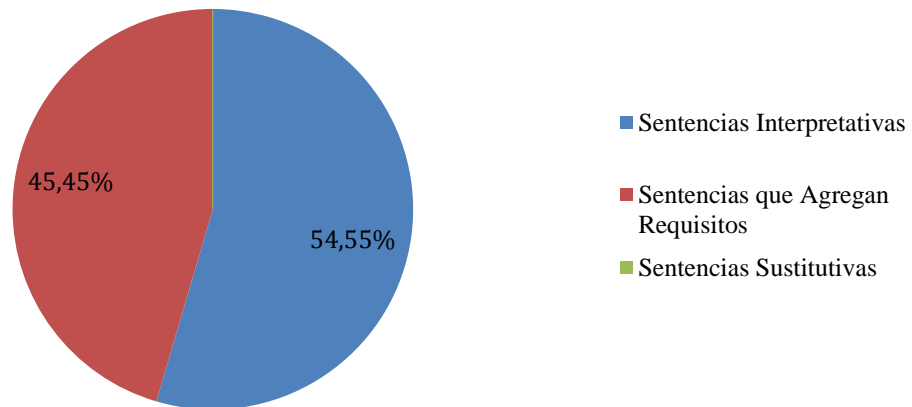


# Efectos de las sentencias 2005

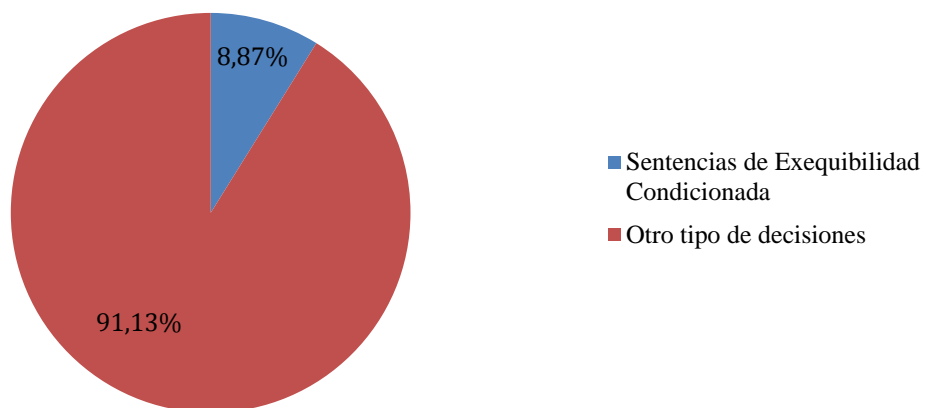


## 1.6 AÑO 2006

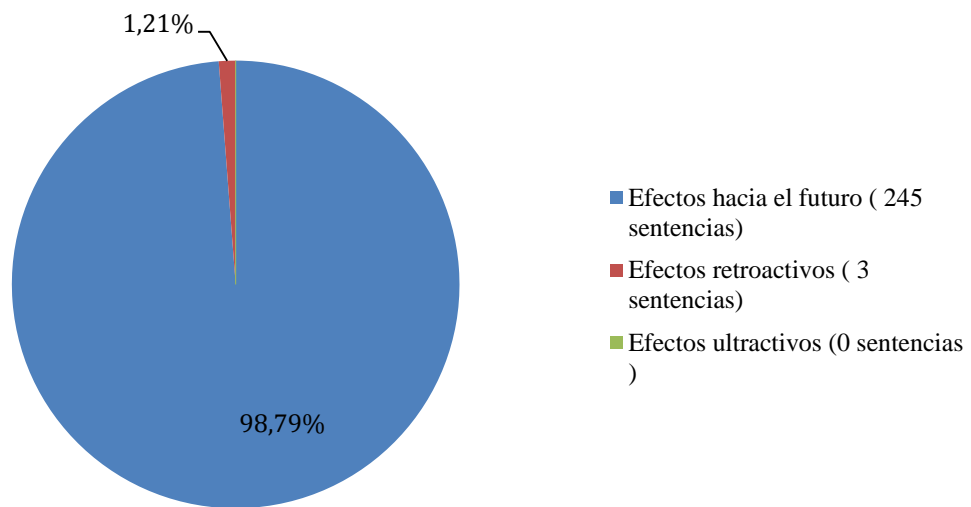
### Sentencias de exequibilidad condicionada 2006



### Sentencias de constitucionalidad 2006

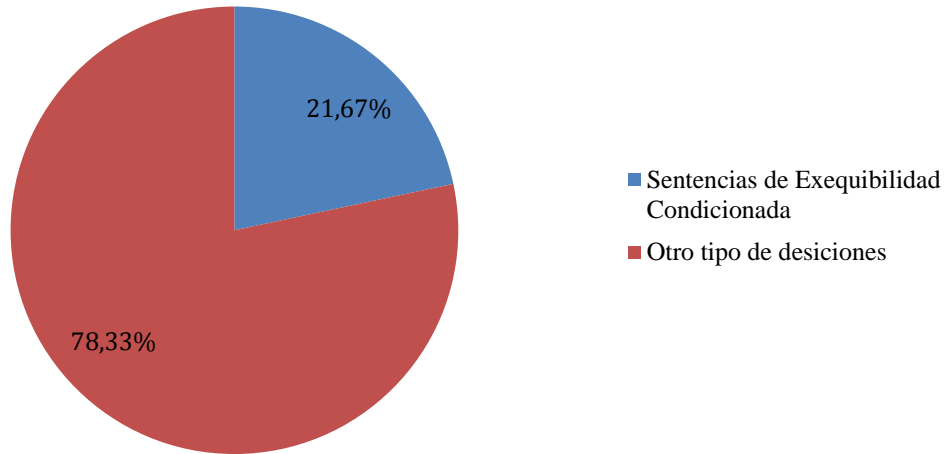


## Efetos en el tiempo de las sentencias 2006

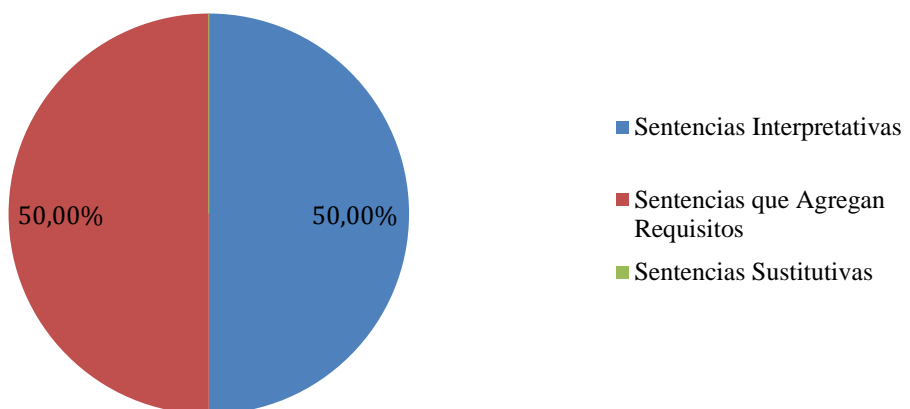


## 1.7 AÑO 2007

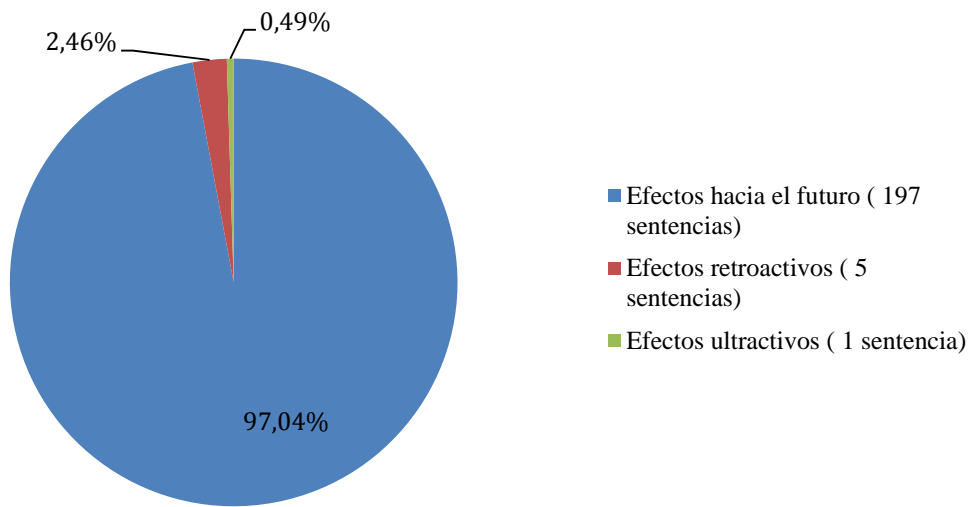
### Sentencias de constitucionalidad 2007



### Sentencias de exequibilidad condicionada 2007

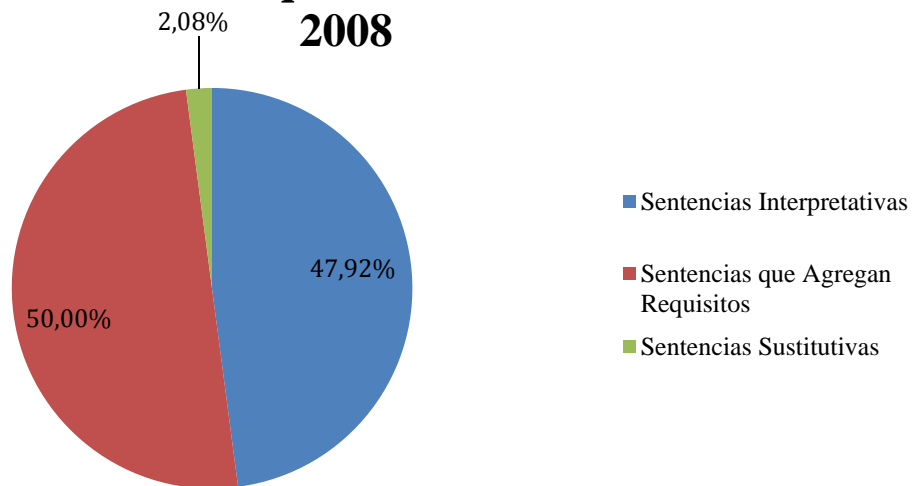


## Efectos en el tiempo de las sentencias 2007

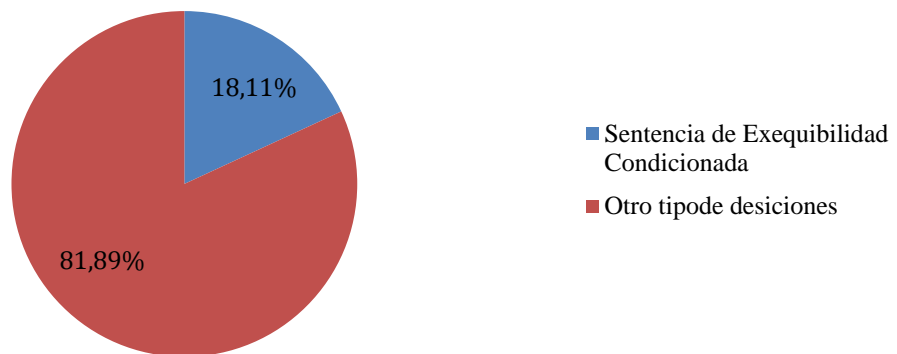


## 1.8 AÑO 2008

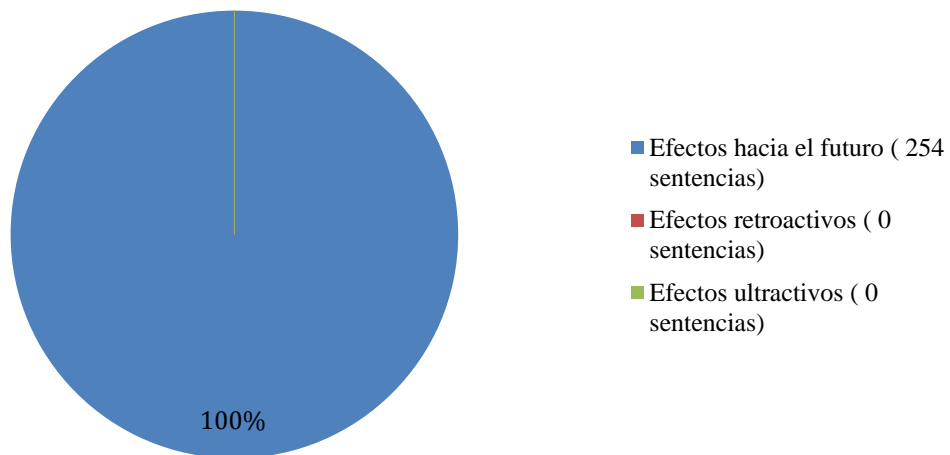
### Sentencia de exequibilidad condicionada 2008



### Sentencia de constitucionalidad 2008



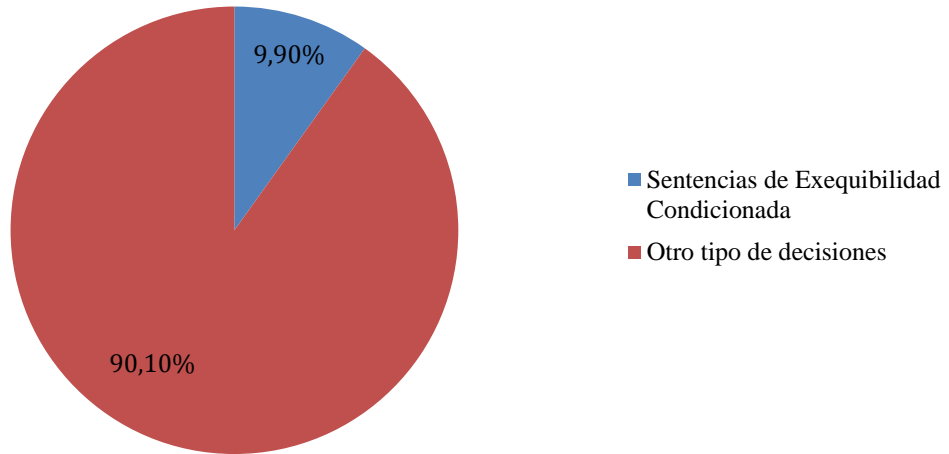
## Efectos en el tiempo de las Sentencias 2008



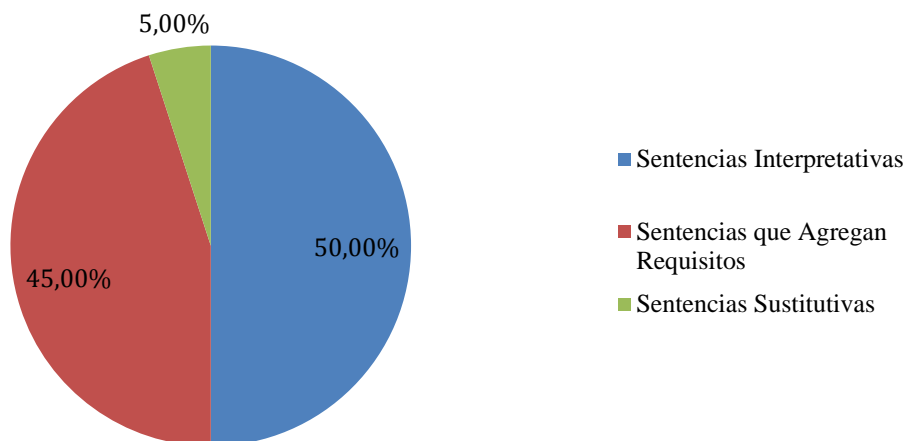


## 1.9 AÑO 2009

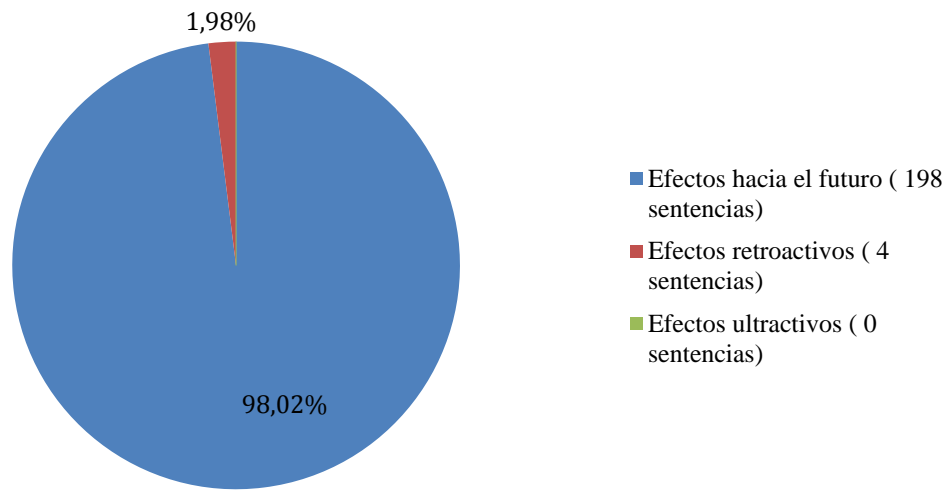
### Sentencias de constitucionalidad 2009



### Sentencia de exequibilidad condicionada 2009

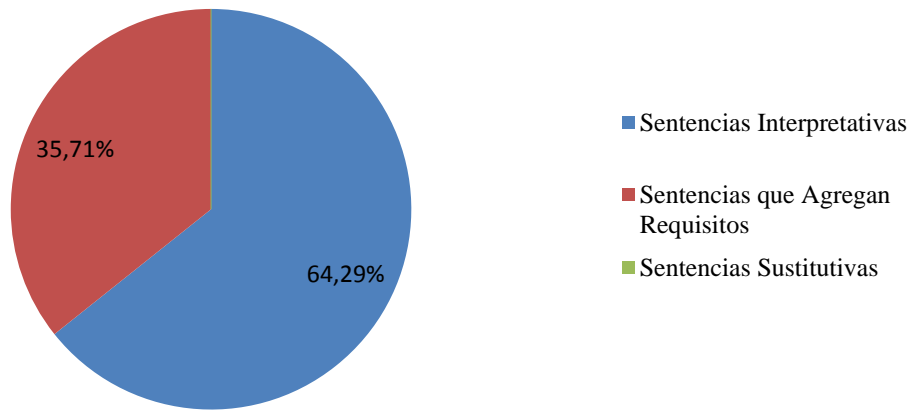


## Efectos en el tiempo de las sentencias 2009

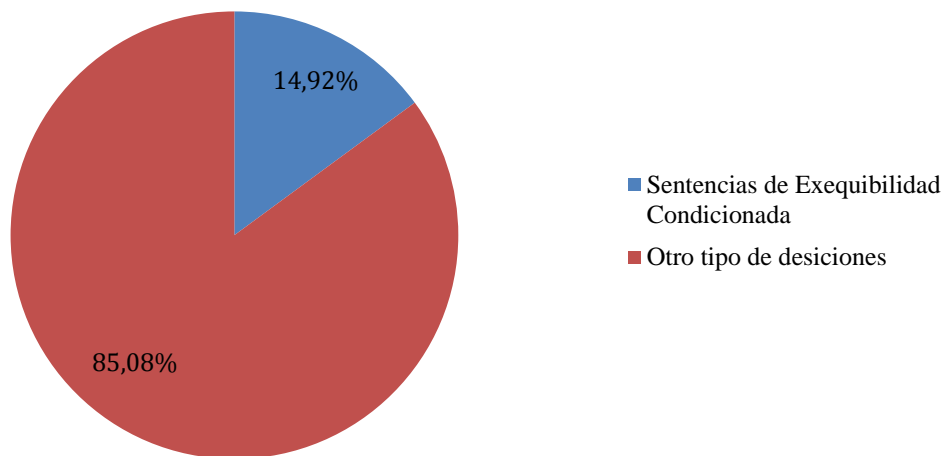


1.10 AÑO 2010

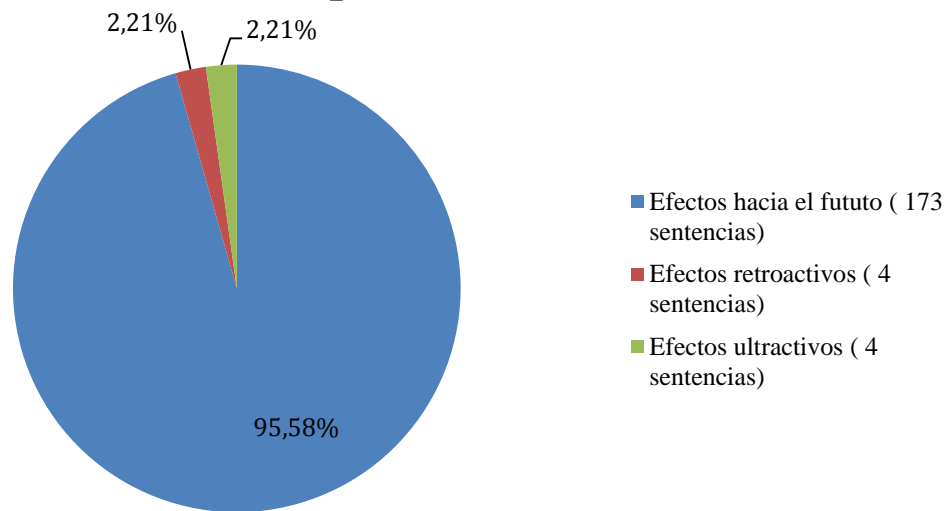
### Sentencias de Exequibilidad Condicionada 2010



### Sentencias de constitucionalidad 2010

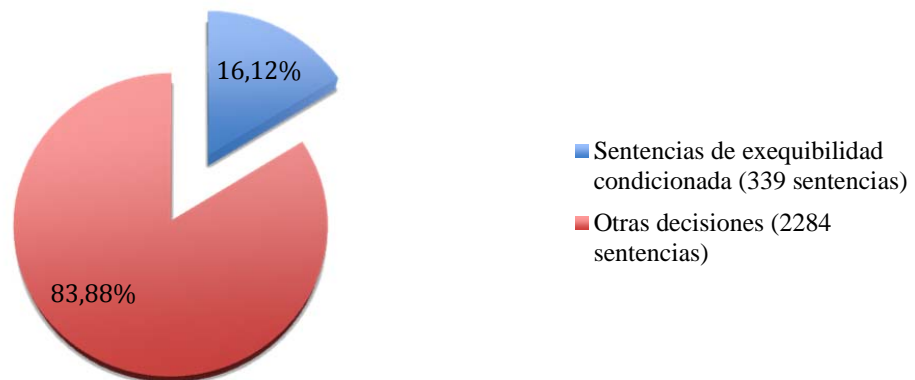


## Efectos en el tiempo de las sentencias 2010

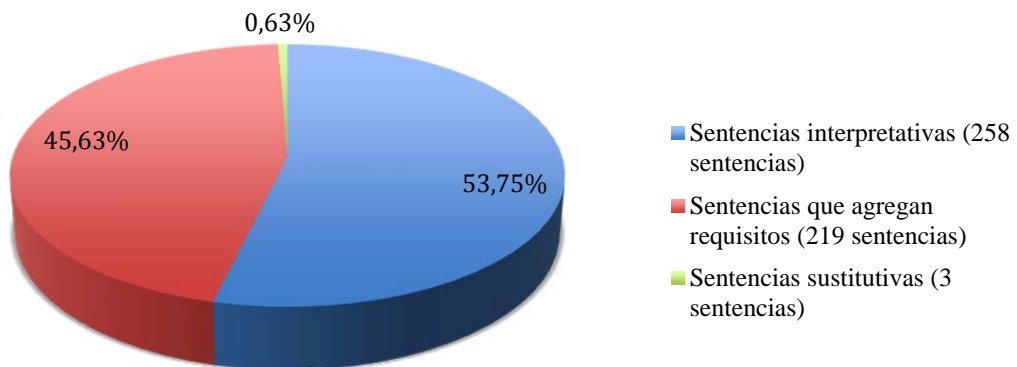


## 1. DATOS TOTALES

### Sentencias de constitucionalidad 2001 a 2010 (2723 sentencias)



### Sentencias de exequibilidad condicionada



## Efectos en el tiempo, sentencias de constitucionalidad 2001 a 2010

