

EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL TRÓPICO

HUGO PALACIOS MEJIA

Propósito. El control constitucional sobre los actos legislativos y las leyes es un instrumento excelente para hacer eficaz el Estado de Derecho. Pero en Colombia ha adquirido cierta hipertrofia tropical, por razón de las características de la acción y el proceso de inconstitucionalidad, y por virtud de la jurisprudencia de la primera Corte Constitucional. Esa hipertrofia magnifica los problemas propios de todo control constitucional; hace que los “grupos de presión” encuentren muy atractivo y fácil “capturar” la Corte; y que las sentencias de la Corte se conviertan en una fuente de “ineficiencias” en el sistema económico. Este documento explica esos problemas y presenta algunas sugerencias de reforma constitucional para superarlos.

1. Los problemas

¿Tenemos un sistema de control constitucional hipertrofiado, tropical? ¿Cuáles son los síntomas y las causas? ¿Qué argumentos se dan para defender esa hipertrofia, y hasta dónde son válidos? ¿Por qué puede ello afectar la economía?

a. Definición de la hipertrofia

Las facultades explícitas

La Corte Constitucional tiene, por disposición expresa de la Constitución, la facultad de guardar la integridad y la supremacía de la Constitución. Dice así el primer inciso del artículo 241, norma básica:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, *en los estrictos y precisos términos de este artículo*. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones: ... (subrayado mío).

Debe repararse en que el artículo 341, al insistir en que son “*los estrictos y precisos términos*” de ese artículo los que limitan las funciones de la Corte, es más restrictivo que el que orientaba la tarea de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, antes de la Constitución

de 1991. En efecto, la Constitución derogada ese año decía, en el artículo 214:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

En verdad, antes de 1991 hubo críticas a la Corte Suprema, porque se decía que algunos de sus fallos en materia constitucional excedían sus facultades. En ese contexto histórico, y con una referencia textual, puede afirmarse que los constituyentes de 1991, al menos cuando organizaron el control constitucional sobre leyes, no buscaban ampliar la facultad legislativa de la Corte, sino reducirla. Por eso dijeron que el control debería ejercerse “*en los estrictos y precisos términos*” del artículo 241. Lenguaje que expresa el propósito de evitar cualquier interpretación extensiva de las facultades de la Corte, y cualquier uso de la teoría de las “facultades implícitas”.

Impacto del trabajo de la Corte

La Corte Constitucional ejerce sus facultades, ante todo, al decidir sobre la constitucionalidad de leyes y decretos. Pero, también, al revisar los fallos de “tutela” de otros funcionarios judiciales, en donde pueden darse órdenes de acción o abstención para proteger de inmediato los derechos fundamentales de las personas, vulnerados o amenazados por quienes actúan como autoridades.

En el ejercicio de ambas facultades, la Corte se ha convertido en una fuente de decisiones públicas de la mayor importancia, en todos los sectores de la vida social. Y, sin duda, en aquellos sectores que más influjo tienen en la movilización de recursos entre unas personas y otras, esto es, en los sectores que, desde esta perspectiva, podríamos llamar “económicos”.

También en otras partes se cuecen habas

El creciente poder político de los jueces constitucionales no se presenta sólo en Colombia. En general, en los países en donde existe un control de constitucionalidad a cargo de los jueces, ha ocurrido un fenómeno similar. Ello ha dado lugar a agudas controversias sobre sus características, su legitimidad política y sus efectos económicos. Las más altas cumbres de la academia internacional se han unido al debate: Buchanan¹, Dworkin², Ely, Tribe³, Posner⁴, por citar solo algunos nombres⁵.

¹ James M. Buchanan, *The Economics and the Ethics of Constitutional Order* Ann Arbor; The University of Michigan Press, 1991.

² Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, pp. 355-400.

³ Laurence H. Tribe & Michael C. Dorf, *On reading the Constitution*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.

⁴ Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.

⁵ Otras expresiones de esas controversias: Robert F. Nagel, “The High (and Mighty) Court”, *The Wall Street Journal*, June 30, 2000; y “Canada’s Reckless Supreme Court”, *The Wall Street Journal*, November 15, 1999.

Afirmo, sin embargo, que hay ciertas características del control constitucional colombiano que le dan un alcance mayor que el que tiene en los países en donde las controversias mencionadas han tenido lugar; y que liberan a la Corte Constitucional, por decisión en parte de ella misma, de algunos de los límites a los que están sujetos los contralores de constitucionalidad de otros países. No es, pues, que en estos el control constitucional no engendre, también, entre muchas criaturas buenas, algunas serpientes; mi tesis consiste en que Colombia, a diferencia de otros países, engendra boas constrictores.

La “acción de inconstitucionalidad” y los sistemas abstractos de control: originales pero mal diseñados

Nuestros tratadistas de derecho constitucional han afirmado, con orgullo, que fuimos los colombianos los primeros en incorporar de modo explícito a un texto constitucional una “acción de inconstitucionalidad”⁶. Parece que solo Venezuela podría disputarnos la primacía. Si aquello es motivo de orgullo, o no, depende de la evaluación que se haga de los beneficios y costos del sistema.

Por lo pronto, es útil resaltar que la “acción de inconstitucionalidad”, y en general los sistemas *abstractos* de control (oficioso, y por motivo de objeciones, que aparecen en los numerales 7, 8 y 10 del artículo 241 de la Constitución), dan lugar a un proceso constitucional cuyas características no existen en otros países y que hacen que nuestra Corte tenga más discrecionalidad al fallar, y que sea, relativamente, más poderosa que los contralores constitucionales de aquellos.

Ante todo, el control de constitucionalidad sobre leyes y decretos se ejerce aquí “*en abstracto*”, esto es, sin que haya una controversia concreta acerca de la aplicación de la Ley en un caso específico, ni un debate pleno entre voceros de las diferentes tesis. Cualquier ciudadano puede ejercer la “acción de inconstitucionalidad”, y las reglas procesales son las más laxas que pueden encontrarse en el país. La primera Corte, además, como explicaré adelante, se sentía autorizada para afirmar toda clase de “hechos” que no habían sido probados en los procesos. El plazo para decidir tales procesos es muy breve, y no caben recursos contra las sentencias.

Estas características, unidas al hecho de que tenemos una Constitución joven, pueden explicar por sí solas por qué ciertos problemas relacionados con el control de constitucionalidad, que pueden presentarse en otros países, son más graves en el nuestro.

5

Las agresiones de la Corte contra el Estado de derecho

A lo anterior se añade que las decisiones de la primera Corte colombiana han sido, en cierta forma, agresivas, como ordenadas para llenar todos los espacios que los otros órganos del poder público no le disputen y, en particular, para adoptar funciones de legislador “positivo”. No son muchas las voces que salieron de la primera Corte en defensa de lo que en otras latitudes se denomina el *judicial restraint*. Por el contrario, no se contentó la primera Corte con ejercer una función legislativa “negativa” sino que fue más allá: hasta modificar los textos legales para asegurar que, según su juicio, se cumpliera con la Constitución. Extendió la Corte sus sentencias a normas “conexas” aunque no hubiesen sido acusadas por nadie; y las fundamentó en argumentos que ninguno

⁶ Alvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional*, Bogotá: Lerner, 1960, p. 224.

de quienes actuaron ante ella habían conocido o defendido durante el proceso. Llegó la Corte, inclusive, a dar plazos al Congreso para legislar⁷; y a establecer aspectos muy particulares de las normas que debería dictar el Congreso sobre ciertas materias, como la financiación de vivienda, para que pudieran considerarse conformes con la Constitución. Además, la Corte dictó sentencias “condicionales”, en las que declaró que una norma era constitucional solo si se la interpretaba en determinada forma y no en otra. Y proclamó la Corte su derecho a definir si el efecto de sus sentencias se producía desde que una Ley o decreto había entrado en vigencia, o desde el día en el que sentencia había quedado en firme, o desde una fecha posterior⁸. Por último, al decidir asuntos de constitucionalidad, llegó a dar órdenes al gobierno para reintegrar dineros percibidos en virtud de una norma declarada inexecutable⁹.

No es posible encontrar, en “los estrictos y precisos términos” del artículo 241 de la Constitución una facultad para dictar sentencias como las que acabo de aludir. Pero es bien interesante que la primera Corte, en lugar de apoyarse en el artículo 241 de la Constitución, invocó, para justificar su conducta, la práctica de tribunales constitucionales en otros países del mundo...¹⁰ Como si las reglas o prácticas constitucionales de otros países pudieran ser invocadas para definir las facultades de las autoridades colombianas. En asuntos de “tutela” la Corte ha dado órdenes a las autoridades para acometer proyectos de gasto público en interés general; y, sobre todo, ha dado a las autoridades y a los particulares la orden de prestar servicios a personas que no han cumplido los requisitos legales y contractuales para recibirlos, con el argumento de que ello es indispensable para proteger sus “derechos fundamentales”. La Corte, pues, escoge cuáles normas constitucionales deben cumplirse, y cuáles no, y establece, a su arbitrio, jerarquías entre ellas.

La comparación entre los textos constitucionales que otorgan facultades a la Corte, y las facultades que la Corte se atribuye en sentencias como las aludidas arriba, es lo que conduce a afirmar que el sistema de control constitucional colombiano ha sido hipertrofiado. Nuestro sistema de control constitucional tiene, pues, toda la exuberancia y el desbordamiento que caracteriza a la naturaleza en el trópico. Y todos sus problemas.

a. La hipertrofia como fuente de ineficiencia

6

El control de constitucionalidad implica, sin duda, una facultad “política”, en el más alto sentido de la palabra; y contiene también, en la realidad, así los textos no lo digan, facultades legislativas limitadas por su carácter “negativo”. El legislador “negativo” es el que solo puede dejar sin efectos las leyes, sin crear normas nuevas.

La Corte como fuente de decisiones políticas

Cuando se acepta que exista un órgano estatal con capacidad de interpretar la Constitución, y de privar de sus efectos las leyes, y de dar órdenes a las autoridades

⁷ Corte Constitucional, ponente Alejandro Martínez Caballero, “Sentencia C-473 del 27 de octubre de 1994”; y Corte, ponente Hernández, “Sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999”.

⁸ Corte Constitucional, ponente Jorge Arango Mejía, “Sentencia C-113 del 25 de marzo de 1993”.

⁹ Corte Constitucional, ponente José Gregorio Hernández, “Sentencia C-149 del 22 de abril de 1993”.

¹⁰ Corte Constitucional, ponente Alejandro Martínez Caballero, “Sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995”; y Corte, ponente Fabio Morón Díaz, “Sentencia C-122 del 1 de marzo de 1999”.

en cierto tipo de conflictos concretos, se acepta que la definición de las “políticas públicas” debe contar con él. Algo similar ocurre con la jurisdicción administrativa, y con su capacidad de privar de efectos las decisiones de la administración.

La Corte como legisladora

El control de constitucionalidad de las leyes, inclusive cuando no está hipertrofiado, asegura muchos beneficios, pero ocasiona ciertos costos. Uno de ellos consiste en que “la ley” es, cada vez más, no solo el texto que produce el Congreso sino, también, la interpretación que de ese texto hacen los jueces. Los jueces constitucionales y los jueces administrativos son, de esa manera, actores, por derecho propio, en la definición *legislativa* de las políticas públicas, incluyendo, por supuesto, las políticas económicas. Nadie debe en este momento de la historia construir una visión de Estado que no cuente con ese hecho.

Por supuesto, los costos del control de constitucionalidad cambian según que la Corte asuma funciones de legislador “negativo” o “positivo”. Esto es, si se contenta con “negar” fuerza a las leyes del Congreso, o si pretende “poner” leyes propias.

El problema de la ineficiencia de las decisiones de la Corte

El problema no estriba, pues, en que la Corte produzca fallos que implican decisiones políticas, legislativas en sentido “negativo”, sobre asuntos que interesan a la economía. Esas decisiones, en la medida en que sirven para controlar el abuso del poder por parte de otros órganos del Estado, expresan los ideales del “Estado de derecho”.

¿Cuál es, entonces, el problema?

El problema, a mi juicio, consiste en que el tropicalismo con el que la Corte define sus facultades, para comportarse como legislador “positivo”, conduce a que muchas de sus decisiones, y en particular las que tienen que ver con asuntos económicos, ocasionan que la sociedad colombiana sea “ineficiente”, esto es, que todos los colombianos obtengamos menos bienes y servicios de los que podríamos obtener con los recursos que Dios, nuestros padres y nosotros hemos incorporado a Colombia.

Pienso, en particular, no solo en las sentencias aludidas atrás, sino en otras que estimulan la ruptura de los contratos, o que impiden que la víctima del incumplimiento haga valer sus derechos, o que preconizan soluciones inflacionarias dentro de las cuales el sistema de precios pierde su capacidad para orientar a los agentes económicos, o que estorban la posibilidad de que los factores de producción se utilicen en la forma en la que pueden ser más productivos. ¿Por qué es probable que las decisiones de la Corte en materia económica sean ineficientes? Porque la hipertrofia de sus facultades la hace un objetivo muy apetecible para la “captura” por parte de “grupos de presión”. Y tales grupos buscan “rentas” para sí mismos, a expensas de sectores amplios de la población que no tienen capacidad de organizarse como ellos. Volveré adelante sobre este tema.

2. La jurisprudencia y las mentiras convencionales del control constitucional

La hipertrofia del control constitucional colombiano, que se explica, en parte, por la naturaleza de la acción y del proceso de inconstitucionalidad, se explica, además, por la jurisprudencia de la Corte acerca de la naturaleza de la interpretación constitucional.

En efecto, cuando se reprochaba a la primera Corte por el contenido de algunas de sus decisiones en asuntos económicos, algunos de sus antiguos magistrados, en forma por lo demás irrespetuosa con la opinión, respondían que su tarea era aplicar la Constitución; y que si la Constitución no le convenía a la economía, peor para la economía. En otras palabras: que la Corte tiene la tarea de proteger la integridad de la Constitución, no la integridad de la economía.

a. Las normas constitucionales no son unívocas

La respuesta a la que acabo de referirme es irrespetuosa. Ella supone que los colombianos estamos dispuestos a aceptar que las normas constitucionales son unívocas y precisas, y que basta un ejercicio sencillo de comparación entre ellas y las normas legales para hacer un juicio acerca de la conformidad entre unas y otras. Las normas constitucionales, por el contrario, son normas de contenido amplio, plenas de palabras que se refieren a conceptos como “libertad”, “justicia”, “igualdad”, “democracia”, sobre cuyo alcance han discutido y discutirán los hombres por siglos. Son los magistrados, a partir de sus propias concepciones del Estado, el derecho y la sociedad, los que pueden darles contenido a esos conceptos en sus fallos; pero no pueden ellos, sin arrogancia, pretender que cualquier persona que hubiera examinado las normas les habría dado el mismo contenido, la misma interpretación.

b. Los valores constitucionales requieren un sustento económico

De otra parte, no es fácil aceptar como criterio de interpretación constitucional, cualquiera que predique que el orden constitucional puede ser indiferente a la suerte de la economía, como si, de alguna manera, los valores constitucionales pudieran construirse en el aire, sin usar la tierra, el capital y el trabajo.

Es irrespetuoso con los colombianos suponer que ellos quisieron o quieren un orden así, tan recortado y miope, al que resulte indiferente si hay empleo o no, y producción; y si hay desperdicio, o no, de los recursos de que la sociedad dispone. Es natural que cuando exista una norma constitucional precisa que imponga cierto deber jurídico, esa norma se acate, con todos los costos que ella implique, en el entendido de que el constituyente debió evaluar los costos y decidió aceptarlos. Otra cosa muy diferente consiste en que, en ausencia de normas precisas, y frente a puras abstracciones, la Corte no adopte una actitud de deferencia frente al Congreso, cuyas facultades son mucho más específicas que las suyas; o, lo que es peor, que, convertida en legislador “positivo”, adopte decisiones políticas que el Congreso no ha querido tomar.

3. Las fronteras de la interpretación constitucional

Sería mucho más conforme a la verdad dejar de lado la tesis de que la Corte conoce en forma “objetiva” el alcance de las normas constitucionales, y aceptar lo obvio: que la Corte se limita, en cada asunto, a interpretarlas, con criterios subjetivos. Lo cual desplaza en algún grado el problema de la hipertrofia del control constitucional a un nivel distinto: al de definir cuáles son las reglas correctas para interpretar la Constitución. Y si, por vía de interpretación, la Corte puede convertirse en legislador “positivo”.

a. Insuficiencia de las reglas legales sobre interpretación

Tenemos en el Código Civil y en otras leyes, y en los tratados de los doctrinantes, normas y criterios acerca de cómo interpretar la Ley. No disponemos, sin embargo, en la Constitución, de reglas acerca de cómo interpretar la Constitución.

No es posible aceptar, simplemente, que los criterios de interpretación de la Ley deben aplicarse, en todos los casos, a la interpretación constitucional porque, como es sabido, la Constitución es el comienzo del orden jurídico, y si hubiera una Ley que pretendiera imponer criterios para interpretarla, esta Ley se convertiría, de hecho, en norma de jerarquía superior a la Constitución misma.

Es por eso que los juristas, que llevan decenas de siglos debatiendo, sin acuerdo, cuál es el mejor criterio para interpretar una norma jurídica, menos lo van a lograr para definir cómo se deben interpretar las normas constitucionales. Y si hubiera una norma constitucional que dijera cómo debe interpretarse la Constitución, esa norma tendría que ser interpretada, y así hasta el infinito.

b. Interpretación condicionada a ciertos supuestos particulares

Yo creo, por supuesto, que a partir de ciertas premisas y de ciertos juicios de valor, es posible hacer interpretación constitucional; y todos los que estamos en el mundo profesional o académico lo hacemos todo el tiempo. En el fondo, nuestro ejercicio de interpretación consiste en hacer un cálculo probabilístico, basado en la hipótesis de que si jueces y colegas han raciocinado en determinada forma frente a ciertos eventos, lo harán de igual manera ante otros semejantes.

Lo que no creo posible, desde una perspectiva científica, esto es, verificable repetidas veces por otros observadores independientes, es afirmar que existen criterios de interpretación constitucional que podamos calificar de “verdaderos”, en el sentido de que reflejen una verdad independiente del intérprete, una idea universal “objetiva”. Por eso, una vez que la primera Corte resuelve apartarse de las restricciones textuales que le impuso el constituyente de 1991, y cuando proclama, con razón, que no está limitada por la fuerza de “precedentes”, y resuelve hinchar en forma tropical sus facultades, resulta imposible encontrar un criterio “objetivo” con el cual censurar sus interpretaciones.

9

c. Criterios políticos de interpretación, y eficiencia.

¿Cómo es posible, entonces, desde esta perspectiva epistemológica, hacer juicios de valor sobre el mérito de las sentencias de la primera Corte cuando se pronuncia sobre el alcance de sus facultades, y sobre la economía? ¿Podemos censurar la hipertrofia en las facultades de control, cuando no disponemos de criterios “objetivos” para señalar los límites a los que debería ceñirse la Corte para interpretar la Constitución y, en particular, para interpretar sus propias facultades?

En mi opinión, los juicios sobre las decisiones de la Corte en cuanto a sus facultades en materia económica deben formularse desde la perspectiva propia de la naturaleza de esas decisiones, esto es, desde una perspectiva política.

Y las constituciones contemporáneas, y ciertamente la nuestra, se construyen alrededor de postulados democráticos, en donde se procura que sean las mayorías las que tomen las decisiones fundamentales, sin perjuicio del respeto a ciertos derechos fundamentales de

las minorías, y dentro de un proceso preestablecido, que se crea para garantía de todos. Así las cosas, quizás no sea aventurado decir que si para crear o modificar la Constitución se requieren procedimientos que reflejen amplios y estables consensos sociales, para interpretarla debería haber, también, procedimientos semejantes. Y que la bondad de las interpretaciones constitucionales dependería del grado en que ellas reflejaran, gracias a los procedimientos adecuados, la sustancia de los consensos sociales más amplios, los que, por su misma naturaleza, no se forman de un día para otro, sino que están llamados a permanecer por décadas o por centurias.

Un economista quizás encontrara que si la Corte buscara procedimientos que mejoraran su capacidad de decidir en forma que sus sentencias reflejaran los amplios y estables consensos de la sociedad, aumentaría también la probabilidad de que los fallos de la Corte fueran “eficientes”, esto es, de que contribuyeran a “promover la prosperidad general”, a lograr resultados en los que no podría mejorarse a alguien sin desmejorar a otra persona.

Creo que, desde una perspectiva política, es posible interpretar el mandato del artículo 2 de la Constitución, según el cual el Estado tiene como fin esencial “promover la prosperidad general”, como sustento para postular que el Estado debe buscar una situación de “eficiencia”, esto es, un uso tal de los recursos disponibles que asegure que ninguna persona puede aumentar su bienestar sin disminuir el de otra. Entre los economistas se dice que las decisiones unánimes, o aquellas que se toman con mayorías calificadas, son las que mejor pueden conducir a la “eficiencia”. Por lo tanto, aquellas decisiones de asuntos constitucionales que se tomaran con procedimientos que tuvieran en cuenta intereses muy amplios, por cuerpos colegiados numerosos, y con mayorías calificadas, serían, probablemente, más aptas para “promover la prosperidad general” y la “eficiencia” que las decisiones tomadas para atender minorías organizadas (“grupos de presión”), o en cuerpos colegiados reducidos, o con simples mayorías

De esta manera, un criterio político que evalúe las interpretaciones de la Corte que inciden en forma directa sobre el uso y la asignación de recursos, y que analice para ello si tales decisiones se adoptaron por procedimientos que aseguren que las decisiones expresen consensos amplios, permitiría también hacer juicios acerca de si esas decisiones promueven, o no, la eficiencia económica.

El control constitucional, entonces, sufre de hipertrofia, cuando permite que las decisiones legislativas de la Corte, positivas o negativas, no reflejen consensos sociales amplios. Ese mismo resultado las califica, en términos económicos, como “ineficientes”.

4. Los peligros de la hipertrofia en el control constitucional

En las actuales circunstancias, todo indica que los procedimientos que sigue la Corte para adoptar sus decisiones permiten que estas no sean la expresión de amplios consensos sociales, sino, por el contrario, de “agendas” interesadas de sus miembros o, lo que es peor, de la fuerza de “grupos de presión”.

Un análisis detallado podría mostrar, en efecto, que muchas de las sentencias de la Corte en las que ella extiende la interpretación sobre el alcance de sus facultades tienen, ante todo, el efecto, de aumentar su poder y el relieve social y político de los magistrados, que seguirían, en esa forma, una “agenda” propia; y que esas sentencias expresen concepciones jurídicas elitistas, o, lo que es peor, la opinión de “grupos de interés” que buscan “rentas” “redistributivas”

trasladando bienes o ingresos de las mayorías hacia minorías organizadas, a expensas del bien común.

En tales circunstancias es probable que las decisiones de la Corte no conduzcan a “promover la prosperidad general”, la “eficiencia”. Explicaré, con un poco más de detalle, estos puntos de vista.

a. Las lecciones del *public choice*

Al analizar el uso que la Corte hace de sus facultades, y las interpretaciones extensivas de sus poderes, no se puede partir de concepciones ingenuas sobre la conducta de los jueces o los legisladores. No debemos aceptar, sin más, la hipótesis de que la Corte persigue con sus fallos realizar los ideales del “Estado social de Derecho” cuando el Congreso o el gobierno no los tienen en cuenta.

Por el contrario, creo que conviene tener en cuenta lo que nos enseñan los estudios de “decisiones públicas” -*public choice*- acerca de las motivaciones y la forma de obrar de las burocracias, incluyendo, por supuesto, las burocracias judiciales. Esos estudios confirman que, muchas veces, los funcionarios y los magistrados obran por convicciones ideológicas, o con el propósito sincero de servir a la sociedad. Pero, al mismo tiempo, nos aconsejan analizar su conducta a partir de otro supuesto básico: que los burócratas buscan, en el ejercicio de los cargos públicos, maximizar su propia utilidad, su poder, su permanencia en los cargos

Las posibilidades del abuso del poder

Ante todo, es preciso aceptar la posibilidad de que la Corte abuse de su poder, definido este en términos de la necesidad de ceñirse a “*los estrictos y precisos términos*” del artículo 241 o, desde una perspectiva política, a la necesidad de buscar amplios consensos sociales, de los que son típicos cuando se producen las normas constitucionales. El abuso del poder tendría por objeto la promoción de una “agenda” propia de los magistrados; o satisfacer “grupos de presión”.

Este problema no ha sido casi tratado en la literatura. En efecto, a partir del supuesto de que el contralor constitucional puede interpretar la Constitución, los estudiosos se limitan a examinar los criterios de acuerdo con los cuales puede afirmarse que sus interpretaciones son correctas o equivocadas.

Se ha dejado sin examen el problema especial que se presenta a propósito de la interpretación que la Corte hace sobre las normas que *se refieren a sus propias facultades*, para asumir funciones de legislador “positivo”. Es en esos juicios donde es más clara la posibilidad del abuso de poder.

Muchos analistas de nuestro derecho constitucional han dicho ya, de tiempo atrás, que la Corte excede sus facultades. Citan, como ejemplo, al menos tres sentencias en donde la Corte asume una facultad legislativa amplia que, según ellos, no le corresponde: la que ordenó unificar la tarifa del impuesto a las transacciones financieras, la que ordenó extender los beneficios de la dación en pago a todos los deudores hipotecarios, y la que estableció la indexación retroactiva de los salarios mínimos. Yo podría añadir varios ejemplos. El “abuso” provendría de haber utilizado facultades que no figuran en los “*estrictos y precisos términos*” del artículo 241 constitucional, o en haber adoptado decisiones que no reflejan consensos sociales amplios.

Los defensores de la Corte, y ella misma, por supuesto, niegan esa tesis, y explican que la Corte no ha hecho otra cosa que desarrollar una nueva visión del Estado y del derecho y, sobre todo, de la tarea que corresponde a los jueces en la sociedad. Esa tarea, dicen, no puede limitarse a declarar si el Congreso, o el gobierno cuando actúa como legislador, han obrado o no dentro de sus competencias formales y materiales. La tarea debe ir más allá, porque incluye, según la Corte, el deber de adoptar *una estrategia que haga eficaces los derechos*, objetivo para el cual los jueces tienen una responsabilidad prioritaria, superior a la de la administración o el legislador. Si la Corte no asume esa tarea activa, la Constitución habrá quedado sin efectos y la Corte piensa que habrá faltado a su deber de proteger su integridad¹¹. Este, a mi juicio, debería ser el punto central en el análisis sobre el diseño institucional que gobierne las relaciones entre la Corte Constitucional y la economía. No hace falta definir si en los ejemplos que he citado hubo, de veras, abuso o no de las facultades de la Corte. Basta con que se acepte que de hecho la Corte puede abusar de ellas, para que sea preciso buscar un remedio, porque, esas facultades son de suyo grandes, aun si fueran ejercidas en “los estrictos y precisos términos” del artículo 241. Su uso hipertrofiado no afecta de manera incidental, sino sustancial, el funcionamiento de un Estado de derecho.

Si la Corte Constitucional, cuyas decisiones pueden afectar la marcha de la economía, puede abusar de sus funciones, sin control, ¿no está la economía toda sujeta a la arbitrariedad? ¿No se crea un obstáculo adicional a la posibilidad de que la economía opere en forma eficiente? Por supuesto, la misma pregunta puede extenderse a la acción de la Corte en cualquiera de los otros sectores de la vida social. De donde resulta que éste debe ser el aspecto principal de cualquier evaluación que se haga sobre el diseño institucional del control de constitucionalidad en Colombia.

En busca de criterios, debe tenerse en cuenta que la esencia de un “control” eficaz consiste en ser ejercido por una instancia externa y separada de aquella que se pretende controlar. No hay “control” sobre toda la legislación si el contralor de constitucionalidad asume, sin control, la tarea legislativa “positiva”, con el pretexto de suplir las deficiencias del legislador ordinario, y de asegurar la eficacia de cualquier clase de derechos.

La esencia del “Estado de derecho” está en que no haya autoridad alguna que no esté sujeta a la Constitución y la ley; cuando se admite que la Corte puede exceder sus facultades, y se admite que no hay un instrumento para evitar ese exceso, se acepta que existe una tronera monumental en la estructura de nuestro Estado de Derecho. A partir de ese momento el problema tiene que ser cómo cerrar la brecha.

La captura de la Corte por los grupos de presión

En la búsqueda de la “eficiencia” y de la “promoción de la prosperidad general” no hay, quizás, peligro mayor que el de la “captura” de los órganos de poder público por parte de “grupos de interés”. El propósito de los “grupos de interés” es, a menudo, redistributivo, esto es, consiste en crear “rentas” para los miembros del grupo a expensas de los sectores sociales que no tienen capacidad para organizarse o presionar en forma efectiva.

¹¹ Corte Constitucional, ponente Ciro Angarita Barón, “Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992”.

La “captura” de un órgano del poder público es más atractiva para los “grupos de interés” en la medida en que ese órgano tenga más poder; y es tanto más fácil cuando el número de personas que lo componen es más reducido, y cuando las reglas de conducta a las que debe someterse son más laxas e informales.

El poder de “legisladora positiva” que ha asumido la Corte Constitucional la convierte en presa apetecible para los “grupos de interés”. Y su composición, y la forma como adelanta los procesos que se le encomiendan, facilita su “captura”.

En teoría, los procesos constitucionales consisten solo en una comparación entre normas. Pero, en la práctica, la Corte Constitucional invoca numerosas circunstancias *de hecho* para valorar la conformidad entre una Ley y la Constitución.

Un aspecto del proceso constitucional que resulta particularmente escandaloso en Colombia, es la manera que tenía la primera Corte para acreditar los hechos con base en los cuales tomaba sus decisiones. Los abogados sabemos que, en todos los procesos, la prueba de los hechos en los cuales se apoyan las pretensiones es tan importante como el derecho mismo: no hay derecho si no hay prueba, controvertida, de los hechos en que se funda. Pero la primera Corte colombiana no aplicaba esa regla en muchas de sus sentencias sobre asuntos económicos.

En la sentencia C-955 del 2000 la Corte afirmó, por ejemplo, que cuando un deudor constituye hipoteca en favor del acreedor, elimina todo riesgo para éste. Este “hecho”, que la Corte trató como si fuera un hecho “notorio”, contrasta con la realidad que muestra cómo el precio de los bienes hipotecados puede caer por debajo del que se tuvo en cuenta para recibirlos en garantía.

Pero hay otros ejemplos de afirmaciones gratuitas sobre hechos; veamos, así, la sentencia C-747 de 1999, relacionada con la financiación de vivienda.

Dijo la Corte:

... incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés.... no resulta, a juicio de la Corte, adecuado para permitir la adquisición y conservación de (la vivienda) Pues ello desborda, como es lógico, la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda sobre todo si se tiene en cuenta que los reajustes periódicos de los ingresos de los trabajadores y de las capas medias de la población no se realizan conforme a la variación de las tasas de interés en la economía sino bajo otros criterios.

Quiero llamar la atención sobre los múltiples supuestos de hecho que este párrafo da por demostrados, sin prueba alguna. El menor de ellos consiste en que los trabajadores y las capas medias de la población no tienen capacidad de crédito, si el crédito incluye tasas de interés variables. Un economista no se atrevería a hacer tal afirmación sin un amplio y concienzudo estudio de campo acerca de los ingresos de los hogares, y de la estructura de sus activos y pasivos. Ese economista encontraría, probablemente, que no se puede hacer una afirmación tan amplia, y que sería preciso matizarla y distinguir, por lo menos, varias estructuras de ingresos, de deudas, de activos, y varios grupos de personas.

La clave del pensamiento de la Corte, en este párrafo, consiste en que, según ella, el hecho que afirma sobre la capacidad de pago de trabajadores y clases medias “es lógico”, esto es, puede conocerse solo por procesos mentales, sin necesidad de

verificación especial en el mundo físico. La Corte, de esa manera, se pone fuera del pensamiento científico, experimental, y trata los hechos sociales como simples construcciones ideales, que pueden darse por “ciertos” en la medida en que sean “lógicos”. Es sorprendente que en los procesos en donde se deciden controversias entre personas, que pueden reducirse con facilidad a cifras patrimoniales precisas, los jueces sean rigurosos al exigir pruebas de cada hecho que las partes afirman; y que, por el contrario, cuando se trata de analizar la constitucionalidad de leyes que afectan de múltiples formas a la sociedad entera, los jueces se sientan autorizados a prescindir de las pruebas de los hechos, o, mejor, a prescindir de pruebas distintas de la especulación lógica.

La jurisprudencia de la primera Corte está llena, plagada, de “factoides” como los que he venido comentando. Ellos hacen particular daño cuando se utilizan para dirimir controversias sobre asuntos económicos o financieros, ya que la economía es una ciencia experimental, donde la utilidad de las hipótesis depende solo de su capacidad de explicar y predecir hechos del mundo físico.

Pero, lo más grave consiste en que, *en la medida en que una sentencia puede basarse en hechos sin prueba, la captura del juez por parte de los “grupos de presión” se facilita*. Basta convencer al juez de que un cierto hecho es “lógico” para que se lo dé por existente; y los grupos de presión son expertos en demostrar que sus pretensiones son “lógicas”. La Corte, pues, por asumir facultades legislativas “positivas”, por el reducido número de sus magistrados, por las reglas procesales que aplica, y por la forma como admite que se “demuestren” los hechos sobre los cuales basa sus sentencias, es una presa ideal para los “grupos de presión” en la sociedad colombiana. Lo que explica por qué es tan probable que sus decisiones sean “ineficientes” en términos económicos.

Este riesgo, si no ha sido bastante para inducir a la Corte a interpretar en forma restrictiva sus facultades, debería justificar, entonces, su reforma.

5. Otras razones de preocupación ante la hipertrofia del control constitucional

a. La constitución económica y el control del poder

Las constituciones son hoy instrumentos de “control” político, diseñados para asegurar que ciertas decisiones democráticas de las mayorías, incorporadas en actos legislativos y leyes, encuentren obediencia en todas las ramas del poder público.

Las constituciones se refieren a todos aquellos aspectos de la vida social cuyos autores, en el momento de redactarlas o reformarlas, consideraron importantes para la formación, distribución o ejercicio del poder político.

En la medida en que la Constitución se refiere a los temas económicos, es obvio que el Congreso debe acatarla, y es necesario que la Corte asegure ese acatamiento. Por eso es claro para mí que la Corte Constitucional tiene la facultad y, por supuesto, el deber, de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes que se refieren a asuntos económicos. No patrocino, pues, la tesis de que la Corte Constitucional debería abstenerse de pronunciarse sobre ellas.

b. Talante económico de la constitución del 91

Cosa distinta es sostener, como sostengo, que el sistema de control constitucional colombiano padece de hipertrofia, y que ella puede afectar de modo especial la

economía colombiana, y aumentar sus “ineficiencias”.

La hipertrofia deriva ante todo, como expliqué atrás, del diseño de la acción y el proceso de inconstitucionalidad y de la interpretación que la Corte hace de sus propias facultades. Todo ello sería suficiente, como espero haber mostrado, para señalar el riesgo de que las decisiones de la Corte aumenten la “ineficiencia” de la sociedad colombiana.

Pero hay otras razones para sostener que esa hipertrofia puede contribuir en forma especial a hacer “ineficiente” la sociedad colombiana. Ellas consisten en que el control constitucional se aplica a un conjunto muy numeroso de reglas constitucionales en asuntos económicos; y en que, de otra parte, esas reglas tienen una inspiración ideológica contradictoria. Un mal sistema de control, aplicado a muchas normas que no tienen la misma inspiración ideológica, debe producir resultados peores que un mal sistema aplicado a pocas normas coherentes.

Las constituciones de los siglos XVIII y XIX no se ocuparon en detalle de la economía; contenían, por regla general, algunas referencias a la moneda, al comercio, a los impuestos y al presupuesto, siempre desde la perspectiva de limitar el poder del Congreso y el gobierno. Keynes no estaba aún en el horizonte, y no era tiempo, aún, para que las constituciones incluyeran referencias a la capacidad que el Estado puede tener para promover la actividad económica, ni a su deber de regularla. No era fácil, dentro de ese contexto, tener jurisprudencia constitucional, buena o mala, sobre asuntos económicos. En el siglo XX cambian las cosas. En efecto, a partir de 1935 Keynes adquiere gran influjo, Roosevelt impulsa el New Deal y muchas personas atribuyen a ese conjunto de medidas la victoria sobre la gran depresión, la planificación soviética y francesa ganan prestigio en diferentes grupos políticos e intelectuales: todo ello influye en la redacción de los nuevos textos constitucionales y de la jurisprudencia. Las reglas sobre temas económicos se hacen más numerosas.

La Constitución de la segunda república española, en 1931, incorpora un texto sobre “intervención de Estado” que muy pronto aparece también en nuestra Constitución, en la reforma de 1936, de manos de Darío Echandía. En estas constituciones del siglo XX la alusión a los temas económicos no se hacía ya, como en las del siglo XIX, para proteger a los empresarios contra la acción de las autoridades, sino, por el contrario, para legitimarla. Pero la historia y las ideas siguen su marcha. Es así como nuestra Constitución de 1991 se escribe en un momento histórico muy distinto de aquel en el que se redactaron nuestras reformas constitucionales de 1936 y de 1968. En 1991 el imperio y los sueños del socialismo soviético se habían hundido por voluntad de los proletarios; y Margareth Thatcher y Ronald Reagan consolidaban un liderazgo político construido sobre el propósito de quitar al Estado del cuello de los ciudadanos. Se escribe la Constitución de 1991 cuando el concepto de “clase” ha caído en desuso en el análisis de los fenómenos sociales. Y cuando James Buchanan y Ronald Coase ganan los premios Nobel de economía, en 1988 y 1991, por haber subrayado, el primero, la necesidad de examinar con realismo, sin mitos, los motivos por los cuales los funcionarios públicos toman sus decisiones; y por haber puesto de presente, el segundo, la relación del derecho con los “costos de transacción” que determinan la “eficiencia” de las organizaciones sociales. En el año 91 no hay mucha gente en la academia que cuestione, como hacía Schumpeter en 1942¹², las bondades

¹² Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: The University Library, 1962, P. 73

de la competencia; hay sí preocupación por el hecho de que no sea posible tener tanta competencia como sería deseable.

Como resultado de las nuevas circunstancias históricas, la del 91 es una Constitución que abunda en reglas relativas a la economía y que autoriza, sin duda, la intervención del Estado. Pero que proclama, con más fuerza que ninguna otra, la libertad de empresa e inclusive el derecho de los particulares a prestar servicios públicos; el deber del Estado de mantener la capacidad adquisitiva de la moneda, de promover la integración económica internacional, de liquidar monopolios ineficientes; y, en particular, el derecho de *todos* a la competencia. Esta Constitución no pertenece ya a la misma familia intelectual de la mayoría de las constituciones que se redactaron en el siglo xx.

Con una excepción muy importante... Para hablar de ella me siento obligado, primero, a citar un párrafo archiconocido de J. M. Keynes, quien decía:

Los hombres prácticos, que no creen estar sometidos a influjos intelectuales, son esclavos, usualmente, de algún economista muerto. ... En el campo de la economía y de la filosofía política no hay muchas personas que, después de los 25 años, sean influenciados por nuevas teorías; de modo que es probable que las ideas que los servidores públicos, los políticos e inclusive los agitadores aplican a los acontecimientos de cada día no son las más nuevas. Tarde o temprano, son las ideas, no los intereses creados, los que son peligrosas, para bien o mal.

Pues bien: algo parecido a lo dicho por Keynes sobre los hombres “prácticos” ocurrió con los constituyentes de 1991. Porque ellos definieron a Colombia, tomando en préstamo los términos de Herman Heller, como un “estado social de derecho”, expresión sobre cuyo origen bien vale la pena decir algunas palabras.

Herman Heller, un profesor socialista alemán, autor de una fascinante teoría del Estado, acuñó la expresión “Estado social de derecho”. El propósito de Heller había sido combatir la idea de que el Estado Nacional Socialista podía ser, también, un Estado de Derecho por razón de su origen democrático, sin tener en cuenta la naturaleza de las decisiones de sus gobernantes¹³. Heller afirmaba que el Estado de Derecho, aunque dedicado también a la protección de las libertades “burguesas”, lejos de contentarse con ello y con un origen democrático debía imponerse sobre la economía, para asegurar la “igualdad” entre todos los ciudadanos¹⁴. Así nació la expresión “Estado social de derecho”.

Como era de esperar, Hitler no agradeció los comentarios de Heller, y éste tuvo que huir a Inglaterra y luego a España en 1933, donde murió a los 42 años, y donde sus trabajos fueron traducidos al español. Pero Heller había sembrado una semilla, y la Constitución alemana de 1948 dijo, en el numeral 20,1 que la república alemana era “un Estado federal, democrático y social”. Y la Constitución española de 1978, en el artículo 1, numeral 1, afirma que “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho”. Pero en ninguna parte produjo más frutos la semilla helleriana que en nuestra Constitución de

¹³ Herman Heller, *Escritos políticos* Madrid: Alianza editorial, 1985, p. 283.

¹⁴ David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 161.

1991, donde se introdujo, apenas traducida, su frase, “Estado social de derecho”. Ahora bien, recordemos que Herman Heller había muerto en Madrid en 1933. Y que las circunstancias políticas y económicas que tuvo en cuenta cuando escribió sobre el “Estado social de derecho”, en el año 29, cuando Alemania estaba en camino de ser de Hitler, distaban mucho de ser las circunstancias alemanas de 1948, las españolas del año 78, o las colombianas del año 91. En particular, existe hoy un amplio consenso, del que hacemos parte, que predica la necesidad de que el Estado asuma en forma activa la promoción de la igualdad. Pero, al mismo tiempo, existe hoy más claridad acerca de los orígenes de la desigualdad y acerca de los límites que el Estado impone a la libertad de las personas cuando se propone hacerlas más iguales. Además, los conflictos sociales no se plantean ya, como a comienzos del siglo XX, en términos de luchas de “clases” sino, más bien, como conflictos entre “grupos de presión” organizados y masas de personas con intereses “difusos”, sin capacidad de agruparse para hacerse oír. Y, por último, aquello que Heller denominaba “la burguesía” no busca amparo ahora en dictaduras nacionalistas, sino que, por el contrario, se vale de la “globalización” para movilizar el capital hacia aquellos sitios de la tierra, o del ciberespacio, donde sus derechos no son amenazados.

Pese a todo lo anterior, el concepto de “Estado social de derecho” llegó a la Constitución española del 78 y desde allí, en mitad del “revolcón”, a nuestra Constitución del 91. Y, para mi sorpresa, muchos de los intérpretes y apologistas de esta Constitución afirman su “modernidad” con el argumento de que ella declara que Colombia es un “Estado social de derecho”. Y al leer las sentencias de la primera Corte Constitucional colombiana se tiene la impresión de que la Constitución comienza y termina en esa frase, interpretada además con los criterios trasnochados de la primera mitad del siglo XX; y que todos los demás preceptos constitucionales son intrascendentes. Por eso creo que Keynes tenía razón, y que muchos constituyentes y magistrados, jóvenes y viejos, resultan esclavos de algún jurista muerto hace mucho tiempo.

Si he traído a cuento este relato es con el único propósito de explicar por qué la hipertrofia del control constitucional colombiano puede afectar de modo especial la economía. De una parte, la Corte Constitucional decide procesos que se tramitan con reglas procesales laxas y, además, interpreta sus facultades en tal forma que se coloca sobre todos los demás órganos del poder público. De otra, ejerce su amplio poder sobre un universo amplio de reglas constitucionales en asuntos económicos. Y, para hacer más difíciles las cosas, la Constitución del 91 une, a través de una frase, las viejas ideas de los socialistas europeos de comienzos del siglo xx, con las de los economistas contemporáneos de la Escuela de Chicago. No es extraño, por eso, que haya más controversias de las usuales sobre su interpretación. Y que alrededor de tales controversias los “grupos de presión” hagan su agosto, con detrimento de la eficiencia económica.

17

6. En busca de un control constitucional eficiente

a. Reforma de la acción y el proceso de inconstitucionalidad

Para remediar la hipertrofia del control constitucional colombiano debería comenzarse por repasar las reglas que rigen el control abstracto de constitucionalidad en Colombia, y en particular la “acción de inconstitucionalidad”.

No es lógico que se exija más rigor para demostrar la posesión de una finca, o el incumplimiento de un contrato, que la constitucionalidad de una Ley. Pero, por lo menos, sin reforma constitucional, debería exigirse a la Corte más rigor probatorio cuando necesite invocar situaciones de hecho para fundar sus decisiones.

Entre otros aspectos, para aumentar la probabilidad de que las decisiones de la Corte Constitucional sean “eficientes”, en el sentido de que reflejen consensos sociales amplios, convendría exigir que cuando ellas consistieran en declarar la inexecutable de una Ley se adoptaran con mayorías calificadas. De esa manera es probable que tales decisiones incorporen puntos de vista representativos de los que prevalecen en el país, e intereses de grupos más amplios y numerosos de los que puede incorporar una sentencia adoptada por simple mayoría.

b. Protección disciplinaria contra la extensión indebida de las facultades de la Corte

En la medida en que aceptemos que siempre existe la posibilidad de que la Corte abuse de sus poderes, debemos disponer de sistemas para evitar y corregir ese abuso. Las constituciones son, ante todo, instrumentos para limitar el poder; nada hay más anticonstitucional que la existencia de un órgano del poder público, cualquiera que sea, sin límites efectivos.

En los últimos cien años, la teoría constitucional ha ido creando controles sobre órganos del poder público que proclamaban su soberanía o, al menos, su independencia. El “control de constitucionalidad” se opone a la teoría de la “soberanía” de congresos y parlamentos, y no hace mucho se miraba como algo herético. De la misma manera, no hace mucho se consideraba que no era posible que los jueces controlaran la legalidad de los actos de la administración, o los suspendieran. Y en Colombia, hace unos años, se debatía si podía suspenderse la “inmunidad” a los congresistas; hasta el punto de que la “pérdida de la investidura”, decretada por los jueces, parecía un exabrupto. Hemos avanzado en el control de todos los órganos del poder. Ahora le ha llegado su turno a la Corte Constitucional.

Propongo, entonces, que cada cierto tiempo, quizás cada cuatro años, se haga una evaluación de la forma como la Corte ha cumplido sus funciones, desde la sola perspectiva de si ha excedido, o no, sus facultades como contralor constitucional. La evaluación debería correr a cargo de un colegio independiente, ocasional, numeroso, nombrado *ad hoc* por las otras altas cortes, y que tomara decisiones por cuatro quintas partes de los votos. En estas circunstancias, parece razonable suponer que tales decisiones expresarían un consenso social amplio sobre el alcance de las facultades de la Corte Constitucional.

Si la evaluación fuera negativa, se analizaría cuáles fueron los magistrados que con sus votos contribuyeron al abuso; y habría para ellos, como sanción, la pérdida de su investidura, y la prohibición de ejercer funciones públicas por un período igual al que hubieran servido en la Corte. El período de los magistrados que hubieran mantenido sus decisiones dentro de las facultades que la Constitución les otorga se extendería cuatro años, sin perjuicio de la nueva evaluación. Estas evaluaciones no alterarían la fuerza de las sentencias específicas tomadas por la Corte, así se consideraran abusivas. Por este último aspecto, la propuesta no sería obstáculo a la fuerza de “cosa juzgada” que deben tener en algún momento todas las decisiones judiciales; y haría que los “grupos de presión” carecieran de interés en actuar sobre este contralor *ad hoc*.

No se trataría, pues, de crear una Super Corte, ante la cual pudieran elevarse recursos contra las decisiones de la Corte Constitucional para remediar querellas específicas. Se trataría de evitar que un órgano del poder público se levantara contra el Estado de Derecho para imponer una tiranía. El propósito sería “disciplinario”, más que judicial.

¿Sería preciso tener un contralor sobre este contralor? Si sus decisiones fueran arbitrarias, sí deberían poder ser controladas, como las de otras autoridades disciplinarias, por el Consejo de Estado, o por el Consejo Superior de la Judicatura. Y así, el sistema de control de constitucionalidad sería un universo cerrado, donde no habría contralores sin control, pero donde cada órgano tendría independencia para actuar, sin abusar de sus poderes.

Es tiempo ahora de definir los límites del poder del contralor constitucional. Si Colombia ha de continuar siendo un “estado de derecho”, y una democracia, no podemos aceptar que un órgano del poder público, cualquiera, pueda decidir, por sí y ante sí, sin controles efectivos, cuál es el alcance de sus facultades.

c. Protección orgánica frente a los grupos de presión

He señalado atrás el riesgo de que la Corte Constitucional sea capturada por los “grupos de presión”. El mecanismo de control que acabo de sugerir debería contribuir a resolver el problema.

Pero, en cualquier caso, considero que si se quiere que el control constitucional se ejercite con más independencia frente a tales grupos, y que refleje mejor amplios consensos sociales, convendría que correspondiera a un organismo como la Corte Suprema de Justicia. Esto es, a un colegio numeroso de magistrados que se ocupan de decidir controversias en múltiples ramas del derecho, y no solo controversias constitucionales.

Se captura con menos facilidad un organismo así, que uno de tamaño reducido. En este sentido, era mejor el esquema que existía antes de 1991, donde la constitucionalidad de leyes y decretos era objeto de decisión por un cuerpo amplio de juristas de múltiples especialidades.