

Bogotá, D.C., septiembre 17 de 2013.

H. Magistrado
MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
H. Corte Constitucional
Palacio de Justicia “Alfonso Reyes Echandía”
Calle 12 # 7-65.
Bogotá, D.C.

REFERENCIA: Demandas D-9907, D-9852 y D-9886 (acumuladas), contra el **TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACÍFICAS** - Pacto de Bogotá, mediante el cual Colombia se acogió a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de La Haya, (Ley 37 de 1961).

Respetado Señor Magistrado:

Hernán Alejandro Olano García, ciudadano en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como AMICUS CURIAE, mediante el presente escrito y dentro del término de fijación en lista, presento mi intervención ciudadana en relación con el proceso de la referencia, seguido en contra del **TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACÍFICAS** - Pacto de Bogotá, mediante el cual Colombia se acogió a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de La Haya, (Ley 37 de 1961).

Al entrar en vigor este tratado cesaron entre las partes los efectos de los tratados convenios y protocolos: tratado para evitar o prevenir conflictos entre los estados americanos del 03 de mayo de 1923. Convención general de conciliación interamericana del 05 de enero de 1929. Tratado general de arbitraje interamericano y protocolo adicional de arbitraje progresivo del 05 de enero de 1929. Protocolo adicional a la convención general de conciliación interamericana del 26 de diciembre de 1933. Tratado antibélico de no agresión y de conciliación del 10 de octubre de 1933. convención para coordinar ampliar y asegurar el cumplimiento de los tratados.

Si bien en el proveído del 7 de febrero de 2013, el magistrado sustanciador de una anterior demanda explicó la falta de Competencia de la Corte Constitucional para conocer de las demandas contra las decisiones de la Corte Internacional de Justicia de la Haya,¹ la Corte tampoco es competente para conocer de las actuales demandas incoadas, puesto que ha sido su tesis que en relación con la revisión sobre el contenido de los tratados ***“el examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados. Esto se entiende como un reflejo natural de la supranacionalidad en este tipo de convenios que comprometen a la Nación, como persona de derecho público internacional, en un acto en el que ha perfeccionado su voluntad y en donde ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que es ley entre las partes, siendo tales los Estados***

¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 053/13, marzo 13, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

vinculados. La Carta Política ha tenido en cuenta este espíritu de equivalencia entre las partes, al considerar que el control constitucional tan sólo se puede ejercer con anterioridad al momento en que se perfeccione el Tratado, esto es, previamente a la manifestación íntegra de la voluntad del Estado pactante.”²

Y la misma Corporación agregó más adelante:

“La ley aprobatoria de los tratados es una ley que, si bien cumple con una función de carácter interno -darles un fundamento a los tratados internacionales que se pretenden hacer valer-, los tratados en el ámbito internacional están incólumes, sin estar condicionados a que exista o no un pronunciamiento, bien jurisdiccional o bien legislativo, respecto de los mismos. Es cierto que a la Corte Constitucional le confía la Carta Política la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución; pero esta cláusula general de competencia no debe interpretarse, en el caso que nos ocupa, de manera absoluta, pues debe recordarse que a renglón seguido, la norma constitucional que se la otorgó le está señalando unos límites perentorios: "en los estrictos y precisos términos de este artículo" (art. 241). La actuación del órgano jurisdiccional sólo puede recaer sobre aquello que legalmente está dispuesto como apto para ser revisado. No considera esta Corte que proceda la revisión de un acto jurídicamente superfluo, puesto que la materia sobre la cual recae, los tratados ya perfeccionados, no puede ser afectada por decisión alguna del orden interno. Es así como sobre estos tratados no cabe pronunciamiento de fondo y, por tanto, esta Corporación habrá de inhibirse en el presente caso.”

De la Jurisdicción Constitucional:

El vocablo “*jurisdicción constitucional*” aparece en la literatura jurídica en el período entre las dos guerras mundiales del siglo XX. Antes, o no se usaba, o si lo era, se hacía de manera común, sin diferenciarlo ni vincularlo con el vocablo en sustancia expresa: control de normas o supremacía constitucional.

Lo cierto es que según DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, en 1928 se publicaron tres trabajos importantes sobre este tópico, pero ningún autor trató de definirlo; mejor dicho, KELSEN, EISENMANN y MIRKINE-GUETZEVITCH, quienes lo dieron como conocido y poco necesitado de esclarecimientos.

El término “*jurisdicción constitucional*” empezó a ser usado desde un primer momento para afirmar la idea de que era factible que alguien (un órgano) controlase la constitucionalidad de las normas o de los actos inconstitucionales de autoridades o particulares.

Sin embargo, la preocupación de muchos es si debe emplearse el término “*justicia constitucional*”, o mejor el de “*jurisdicción constitucional*”, puesto que los ya citados autores, considerados como los padres de esta disciplina, lo utilizan indistintamente, como si fueran sinónimos. Todo esto, por cierto, en función de los tribunales constitucionales existentes en aquel momento, el primero de ellos el austriaco (1919) el segundo el

² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-276 de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

checocheoslovaco (1920) y más tarde el español (1931), que constituyen, en el período entreguerras, las únicas tres experiencias de tribunales especializados.

Determinados sectores europeos y latinoamericanos usan los dos términos en forma indistinta sin mayores consecuencias, aunque el problema surge cuando se hacen análisis más hondos y se plantean argumentos de mayor peso.

Así por ejemplo, dice GARCÍA BELAUNDE, “En 1968, Héctor Fix-Zamudio, señalaba que prefería la denominación ‘justicia constitucional’, por dos motivos fundamentales: uno de ellos el orden filosófico, el otro de orden jurídico. El de orden filosófico, es sumamente sugestivo, pues señala que la supremacía y defensa constitucional persigue la consecución de determinados valores que están por encima del ordenamiento jurídico positivo, a los que el hombre no debe estar ajeno. El segundo argumento es de orden jurídico, sí, Fix afirma que en realidad la ‘justicia constitucional es el conjunto de procedimiento de carácter procesal por medio de los cuales se encarga a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos.”

En síntesis, la jurisdicción constitucional es fundamentalmente la capacidad de los órganos del Estado (no importa cuáles) para pronunciarse sobre temas constitucionales, y que sus resultados pueden ser impuestos a otros.

Y, para ejercer esa capacidad, el constitucionalista español NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, dijo que debía crearse un derecho procesal constitucional, llegando éste a expresar que el creador del mismo era KELSEN.

Sin embargo, HÉCTOR FIX ZAMUDIO dice que sobre el particular existen dos disciplinas, por un lado el Derecho Procesal Constitucional; y por el otro el Derecho Constitucional Procesal. El primero de ellos, estudia los principios y desarrollo del proceso y el segundo los fundamentos o bases del proceso constitucional. Sin embargo, nosotros no creemos en la existencia de estas dos disciplinas que no son más que un juego de palabras.

Sistemas de Jurisdicción Constitucional:³

En Colombia, se dio comienzo a la defensa de la Carta Fundamental, con el establecimiento de un control de tipo político, radicado en el congreso, lo cual se introdujo en casi todas las constituciones que precedieron a la de 1886, en la cual ya se vino a admitir un primer y simple mecanismo de control de constitucionalidad en cabeza del Presidente de la República, quien lo ejercía con respecto a los proyectos de ley que se sometían a su sanción ejecutiva, lo cual se venía a concretar en un control algo relativo sobre el contenido del texto legal, pero, como tal sistema no estaba consagrado formalmente, sólo hasta 1910 se vino a proyectar la supremacía constitucional sobre las leyes y el consiguiente control jurisdiccional de constitucionalidad a través de un acción pública que podía ejercer cualquier ciudadano contra las leyes —incluidas las aprobaciones de tratados públicos internacionales— ante la Corte Suprema de Justicia, a la cual se le asignó en ese momento la función de ser guardiana de la integridad y supremacía del Estatuto Superior, lo que conservó hasta 1991, cuando nació la Corte Constitucional.

Por otra parte, una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, corresponde a una acción pública y tiene efectos plenos, esto es *erga omnes*, por oposición de los fallos comunes que tienen únicamente efectos *inter partes*.

³ Cfr. en: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Constitución Política de Colombia – Comentada y Concordada-, Octava edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2010.

Los efectos de las providencias de inconstitucionalidad son en Colombia igualmente definitivos. El decreto 2067 de 1991, que rige los juicios y actuaciones en ese Alto Tribunal, establece en su art. 49 que contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno y que la nulidad de los procesos tramitados ante ella, sólo puede ser alegada antes de proferido el fallo, manifestando igualmente que sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso pueden servir como base para que el pleno de la Corte anule el juicio. En síntesis, esta norma, que incluso podría ser demandada ante ese Tribunal, es un ejemplo moderno de aforismo romano *“Roma locuta, causa finita”*, que es el sustento más importante de la prevalencia de la cosa juzgada constitucional.

Con respecto a lo anterior, el Alto Tribunal Constitucional, no tiene dentro de las competencias que le asigna el art. 241 de la Carta Colombiana, la de llenar los vacíos normativos que produzcan sus fallos, ya que su labor no es legislar, razón por la cual, tampoco puede efectuar pronunciamientos que interpreten sus sentencias, ni resolver consultas sobre la forma de subsanar las consecuencias que puedan producir sus fallos, motivo por el cual, la labor del juez de Constitucionalidad se limita en este país, únicamente a pronunciarse a través de decisiones judiciales, sean estos Autos o Sentencias.

Sin embargo, en Colombia encontramos muchas veces interpretaciones que la Corte Constitucional hace de la Carta Política, que nos producen incertidumbre jurídica, pues en ciertos casos se acude al significado *“literal”* del texto constitucional, en otros a la *“intención histórica”* de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991; en otros casos a los *“valores sociales”* implícitos en el título que trata sobre los derechos fundamentales, o al llamado *“criterio de razonabilidad en la interpretación del Derecho”*, o mejor, a algo que según GABRIEL BOUZAT, se denomina la intención *“presunta”* o *“dinámica”* del constituyente, *“es decir a cómo hubiese legislado si hubiere previsto las nuevas circunstancias sociales”*, lo cual se nota frecuentemente en nuestra jurisprudencia, al igual que recurrir a las interpretaciones que en el pasado realizó la Sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia en casos análogos, o a la manera en que considera que las distintas alternativas interpretativas pueden influir en la vida social y económica del Estado colombiano.

El control Jurisdiccional de Constitucionalidad:

Antes de expedirse la actual Carta, el Título XX de la Constitución, establecía las atribuciones de la corte Suprema de Justicia y del consejo de Estado para decidir la exequibilidad de las leyes y decretos, según su categoría en sus artículos 214, 216 y 217, ya que el artículo 215, se refería a la Constitución como norma de normas.

Ese control jurisdiccional de constitucionalidad en Colombia, estuvo a cargo de la Corte Suprema de Justicia desde 1914 hasta 1991, fecha en la cual cesó en sus funciones la Sala Constitucional de ese Alto Tribunal, creada en ejercicio de autorización especial conferida por el art. 76, literal e), del Acto Legislativo Número Uno de 1968, reglamentado por el decreto 432 de 1969.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, estuvo integrada por especialistas en derecho público, y fue un aporte importante en la sustanciación de los procesos de control constitucional, ya que especializó y separó el estudio de los negocios constitucionales dentro de la Corte de Casación, aunque los magistrados que integraban las Salas Civil, Laboral y Penal, realizaban valiosos aportes a las normas asignadas a su control.

Precisamente, los últimos Magistrados que integraron la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de la que mi padre, el doctor Hernán A. Olano Correa fuera su Secretario General en 1988, fueron Pablo Julio Cáceres Corrales, Pedro Augusto Escobar Trujillo, Rafael Méndez Arango, Fabio Morón Díaz, Jaime Sanín Greiffenstein, Simón Rodríguez Rodríguez y, por encargo dentro de la transición hacia la Corte Constitucional, los doctores Julio César Ortiz Gutiérrez, Luz Elena Botero Saldarriaga y María Cristina Roza de Chaín, estas últimas, del reducido y casi nulo grupo de damas juristas que han hecho parte de la Sala Plena del Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria.

Con el conocido proceso de reforma constitucional de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente encontró que, dentro de la Teoría Pura del Derecho, los tribunales constitucionales se explican a partir de los conceptos de Constitución y Derecho y de la insistente preocupación por la forma, la coherencia y la certeza del derecho positivo. Esto, y no el propósito de frenar al poder o asegurar el Estado de Derecho, fue lo que llevó a diseñar estas instituciones.

Por tanto, el razonamiento que llevó a la Constituyente a crear un tribunal constitucional separado del tribunal de casación, fue el siguiente: las normas que integran la pirámide kelseniana, se fundamentan cada una en su inmediata superior, a la cual no pueden contradecir.

En Colombia, como en muchas partes, la pirámide está presidida por la Constitución, que es la norma que regula la producción de las normas inferiores: leyes, decretos, ordenanzas y acuerdos, las cuales se deben siempre adecuar al Estatuto Superior y, seguir siempre esa estructura jerárquica escalonada que KELSEN denominó *Sufenbau*. Y, si alguna de las normas que se encuentra bajo la Constitución viola la garantía de integrar el ordenamiento jurídico conforme a ella, debe ser declarada inconstitucional por un órgano competente como lo es un tribunal o corte constitucional, para que fiscalice su adecuación a la Constitución.

De las razones de la Corte para pronunciarse:

El profesor Nogueira Alcalá⁴ dice que las razones por las cuales una Corte o Tribunal Constitucional sólo declara la incompatibilidad de una norma con la Constitución, puede deberse a varias razones, con las cuales, nos estamos adelantando al capítulo de interpretación constitucional:

- a. Si se declara la nulidad de la disposición legal por inconstitucionalidad, podría dejarse sin fundamento jurídico prestaciones laborales, o de seguridad social o remuneraciones, si dichas disposiciones legales constituyen la columna vertebral de dicha legislación;
- b. Cuando se produjere un caso en que la nulidad de la ley genere una situación que es más incompatible con el ordenamiento constitucional que su permanencia;
- c. Cuando el Tribunal desea conservar la facultad de legislador para configurar algunas alternativas constitucionales viables con legislación complementaria,

⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales* En: *Jurisdicción Constitucional en Colombia -La Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y Perspectivas*. Edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y de la Fundación "Konrad Adenauer", Bogotá, D.C., febrero de 2001, página 376.

que permitiría superar la situación de actual vicio de constitucionalidad del precepto legal;

- d. Cuando hay cambio significativo de la valoración jurídico-constitucional de la posición del Tribunal Constitucional a través de sus últimas sentencias sobre la materia.

Conclusión:

Con toda esta teoría nació nuestra actual Corte Constitucional, cuyas funciones encuentran su fundamento en el art. 6º de la *Supremacy Clause* de la Constitución de Filadelfia de 1787, plasmada literalmente en el art. 4º de nuestra Carta, que expresa:

“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.

”Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

Lo cual sirve aquí para citar entre paréntesis, una frase que ALEXANDER HAMILTON, escribió en su periódico *“El Federalista”* en 1788: *“Ningún acto legislativo, contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto, significaría afirmar que el subalterno es más importante que el principal; que el sirviente está por encima de sus patrones; que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo”.*

La Constitución Política deja, pues, en claro la diferenciación y oportunidad de las funciones que competen a cada órgano del poder público. Por ello, en el caso bajo examen, el presupuesto procesal para que la revisión sobre el contenido de los tratados prospere no se cumple, por cuanto el examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados.

Por estas razones, concluyo que la H. Corte Constitucional, en caso de aceptar las pretensiones de las Demandas, debe modificar su jurisprudencia, vigente desde 1993, en caso contrario, siguiendo lo dispuesto por la misma Corporación, incólume desde hace veinte años, debe declararse **INHIBIDA** para conocer de la inconstitucionalidad solicitada del **TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACÍFICAS** - Pacto de Bogotá, Ley 37 de 1961.

Del H. Magistrado González Cuervo, con todo respeto,

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA.
C.C. 6.776.897 de Tunja.