



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales

Hernán A. Olano García / Gerardo Eto Cruz

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

EDICIÓN ESPECIAL
2018



Hernán Alejandro
OLANO GARCÍA,
MSc., PhD.

Profesor Titular,
Institución
Universitaria
Colegios de
Colombia- UNICOC



Presidente de la
Academia Patriótica
Nacional Antonio
Nariño

Profesor de Cátedra
en la Universidad
Militar “Nueva
Granada”, sede Cajicá
y en la Escuela de
Cadetes de Policías
“General Francisco
de Paula Santander”



Gerardo
ETO CRUZ

Ex Magistrado
del Tribunal
Constitucional de
Perú

Gerardo Eto Cruz / Hernán A. Olano García



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales

Hernán A. Olano García / Gerardo Eto Cruz

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

EDICIÓN ESPECIAL
2018

CRÉDITOS

LIBRO

“DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL”

PUBLICACIÓN OFICIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

EDICIÓN Y PUBLICACIÓN INSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

ACADEMIA PLURINACIONAL DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

DR. PETRONILO FLORES CONDORI

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PLURINACIONAL DE BOLIVIA

DATOS INSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Dirección: Avenida del Maestro No. 300

Teléfono: (591-4) 64-40455

Web: www.tcpbolivia.bo

Deposito legal N° 3-1-32-19 PO.

ISBN: 978-99974-351-0-1



DISTRIBUCIÓN GRATUITA

Diseño e impresión:

Conexión creativa • 64-65261 • Av. Germán Busch No.505

Sucre - Bolivia

2018

Queda expresamente prohibida la reproducción total o parcial de este Libro sin el permiso expreso y por escrito del editor.

ÍNDICE

	Pág.
Prefacio	7
Presentación.....	11
EN TRES ANÁLISIS: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO. SU ITER LEGISLATIVO Y SUS PRINCIPIOS PROCESALES, <i>Gerardo Eto Cruz</i>	17
UNA PROBLEMÁTICA NO RESUELTA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA ¿TIENEN AUTONOMÍA PROCESAL LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES?, <i>Gerardo Eto Cruz</i>	93
CONTRIBUCIONES AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DESDE LA EXPERIENCIA COLOMBIANA, <i>Hernán Alejandro Olano García, MSc., PhD.</i>	161

PREFACIO

Dr. Petronilo Flores Condori
Presidente
Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

En Bolivia a través de la Constitución Política del Estado de 1967 reformada en 1994, se creó el Tribunal Constitucional. Su implementación fue materializada mediante la Ley del Tribunal Constitucional -Ley 1836 de 1 de abril de 1998- ahora abrogada. Sobre este hecho histórico se construyeron los cimientos de la concepción del Derecho Procesal Constitucional boliviano cuyo proceso culminó con la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional -Ley 254 de 5 de julio de 2012. Este instrumento legal obedece al cumplimiento de la tarea de implementación de la actual Norma Suprema, su contenido se sustenta en los mandatos del pueblo boliviano.

Son tres los ejes temáticos que conforman el contenido del Derecho Procesal Constitucional boliviano. El primero, se refiere a la estructura y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional. Su regulación básica se encuentra en la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional -Ley 027 de 6 de julio de 2010-. El segundo, trata de los procesos constitucionales que son regulados de forma amplia

por el Código Procesal Constitucional. Y el tercero es la jurisprudencia constitucional que desarrolla el contenido de los derechos fundamentales y el alcance de las garantías constitucionales como efecto de la actividad interpretativa que corresponde realizar a la Magistratura Constitucional. Como se verá, uno de los principales impactos de la creación del Tribunal Constitucional en Bolivia ahora Tribunal Constitucional Plurinacional, es la construcción de los cimientos del Derecho Procesal Constitucional que conlleva el debate relacionado con el carácter de su autonomía.

Otra de las incidencias significativas del funcionamiento de la justicia constitucional en el país, es la necesidad de reorientar el estudio del Derecho Constitucional incorporando nuevos temas, como el Estado Plurinacional, los derechos fundamentales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su relación con el pluralismo y la interculturalidad jurídica, el derecho autonómico, la vinculación del sistema constitucional con los derechos humanos, el razonamiento probatorio y la argumentación jurídica vinculada con las garantías constitucionales e interpretación jurídica en materia constitucional.

Bajo tales antecedentes, las y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional organizaron el I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: “Problemas actuales de la interpretación y argumentación jurídica” que se llevó a cabo en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra durante los días 3, 4 y 5 de octubre de 2018. El propósito de ese evento fue contribuir al desarrollo del Derecho Procesal Constitucional boliviano. En ese evento de carácter

internacional en condición de expositores participaron las y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, expertos nacionales e internacionales. Uno de los resultados del referido Congreso, es la presente publicación titulada: “Derecho Procesal Constitucional”, cuya autoría corresponde a dos expertos internacionales, se trata del autor peruano, Gerardo Eto Cruz, y del colombiano, Hernán Alejandro Olano García.

Este trabajo científico que presentamos al lector con la esperanza de promover el debate sobre los elementos que configuran el Derecho Procesal Constitucional boliviano en proceso de su consolidación, como una nueva disciplina del derecho procesal en general.

Ciudad de Sucre, diciembre de 2018.

PRESENTACIÓN

Gerardo Eto Cruz

Hernán A. Olano García MSc., PhD.

Nos es muy grato realizar unas breves líneas prologales de presentación de este texto, que se produjo en el marco del I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: efectuado en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, bajo los auspicios del Tribunal Constitucional Plurinacional del Estado Plurinacional de Bolivia.

El Derecho Procesal Constitucional es una disciplina fruto de la posmodernidad, que cobra cada vez mayor atención en América Latina, cuyos replanteamientos epistémicos vienen desde nuestro América y hoy, sin duda alguna, tiene ya el status de vertiente disciplinaria autónoma. Su objeto de estudio son la jurisprudencia constitucional: I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: “Problemas actuales de la interpretación y argumentación jurídica”, los procesos constitucionales y la magistratura constitucional; y aparte de ello se encuentra rodeado de una serie de principios que nutren su identidad y su autonomía frente a las demás vertientes procesales. En este contexto, mantiene un estrecho vínculo con el derecho constitucional, lo que

explica que sean los especialistas en esta materia los que en primer lugar se hayan involucrado en esta nueva disciplina, enriqueciendo su razonamiento jurídico con una perspectiva procesal.

Sin duda alguna, su enseñanza, en forma independiente, ayuda mucho a su consolidación y a su difusión y es lo que estamos buscando con el Derecho Procesal Constitucional, aunque la independencia en la enseñanza universitaria de un determinado tópico, no ayuda de por sí, a que se convierta en disciplina autónoma, “pero es útil, no sólo para configurarla cuando esto es necesario, sino para que el conocimiento de ella se extienda y su importancia aumente, creándose así un ambiente propicio en la comunidad académica”, como dicen los expertos. No obstante lo anotado, en los últimos tiempos nadie discute su desarrollo epistémico y, sin disputa alguna, se ha convertido en una vertiente procesal con principios, conceptos y categorías propias. Y es lo más probable que esté llamada a ser en los tiempos contemporáneos la *primus inter pares* frente a las demás disciplinas procesales.

Ahora, gracias a la expansión de los Tribunales Constitucionales y el diálogo interjurisdiccional que se desarrolla entre Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales entre sí (diálogo horizontal); o desde la Corte Interamericana (diálogo vertical), el Derecho Procesal Constitucional se viene cimentando. De ahí se desprende que: “El Derecho Constitucional de nuestra época es una de las ramas que más transformaciones ha experimentado en el campo de la Ciencia Jurídica. Efectivamente, nuestra disciplina se ha enriquecido considerablemente en los últimos decenios con

numerosas y heterogéneas instituciones que se han introducido en los más recientes ordenamientos fundamentales, con objeto de asegurar el respeto a los derechos humanos y el funcionamiento equilibrado y armónico de los poderes públicos dentro de un régimen pluralista de libertad y de justicia social”.¹

Como nueva Rama del Derecho, el Derecho Procesal Constitucional, mantiene una constante reflexión que desencadena en los últimos tiempos una posmodernidad de transversalización de sus vigas fundamentales, traspasando a todo el ordenamiento jurídico, dando como resultado una constitucionalización del ordenamiento jurídico y con ello al nacimiento de una “cultura constitucional”, cuyo desiderátum es afirmar un verdadero “sentimiento constitucional”.

Es indudable que el avance vertiginoso de esta disciplina, no solamente se ha debido a una comunidad de académicos que vienen desarrollando profundas reflexiones, a fin de que, existan instrumentos procesales que enmarquen el compás de la historia en afirmar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional; sino también que han sido los órganos de la jurisdicción constitucional, que desde 1920 en que se creara la Alta Corte Constitucional de

1. Al respecto, *cf.* Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona: *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, Editorial Porrúa-UNAM, México, D.F., 1999, pág. VII. Así también lo entienden, entre otros, Enrico Spagna Musso: *Diritto Costituzionale*, terza edizione, Cedam, Padova, 1990, cuando sostiene que la problemática jurídico-constitucional es una problemática de actualidad (págs. 28 y sgts.) y Giuseppe de Vergottini: *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, páginas 2 y sgts., citado igualmente por el maestro Domingo GARCÍA BELAUNDE.

Kelsen hasta la actualidad las que han coadyuvado a crear una serie de figuras procesales para garantizar siempre el sublime y norte señero de la tutela de los derechos fundamentales de las personas. Pero no todos los tribunales resultan de una sola línea; los hay en diversas tipologías, según su accionar. Así, resulta pertinente los que nos indica el profesor Alfonso Santiago (Hijo):²

- a. La Corte permisiva. Es la que no realiza su función de control político o lo ejerce muy tímida y parcialmente. Hay, por tanto, un mal cumplimiento del rol institucional asignado a la Corte... en el sistema político.
- b. La Corte moderadora. Pensemos que son cuatro los elementos principales que caracterizan a una Corte moderadora: su independencia, la clara conciencia de su misión institucional, la autolimitación para respetar debidamente el ámbito de competencia de los poderes políticos y, por último, el acierto de sus decisiones.
- c. La Corte hostil. Es la que en el ejercicio de su función de control aparece abiertamente enfrentada a los poderes políticos. No se trata de un conflicto circunstancial, sino de un enfrentamiento permanente que imposibilita el ejercicio de la función gubernamental en temas claves del quehacer político.
- d. La Corte activista. El término “activismo judicial” es bastante impreciso y susceptible de ser utilizado

2. Alfonso Santiago (Hijo). La Corte Suprema y el control político. Editorial ábaco de Rodolfo DePalma y Universidad Austral, Buenos Aires, cuya versión actualizada fue publicada en la obra colectiva “Función política de la Corte Suprema, Abaco-Austral”, Buenos Aires, 2000, p. 33.

con muy diversos sentidos y alcances. En general, hace referencia a un Poder Judicial con una actitud de **“protagonismo institucional”**, (el subrayado es nuestro).

Y, es que un sistema de justicia y de magistratura constitucional, comporta unos riesgos para el funcionamiento adecuado del sistema jurídico-político, ya que los pronunciamientos que de la Corte o de los Tribunales Constitucionales se desprenden muchas consecuencias de todo tipo, aunque estas presenten perfiles propios en distintos ordenamientos.

Sin embargo, lo importante será -y lo descubrirá el lector a lo largo de este libro-, que lo más importante a tener en cuenta es que el proceso constitucional debe siempre ser considerado como un conjunto de actos procesales coordinados entre sí, provenientes del juez constitucional competente (en ejercicio de jurisdicción constitucional), o de las partes, cuyo objeto es la defensa de la supremacía de la Constitución o la protección de los derechos humanos fundamentales, de ahí que los ordenamientos constitucionales contemporáneos han incorporado paulatinamente diversos instrumentos jurisdiccionales con la finalidad de hacer respetar y evitar el quebranto de la norma superior (amparo, hábeas corpus, hábeas data, acción abstracta de inconstitucionalidad de las leyes, conflicto competencial y de atribuciones entre órganos y poderes del Estado, cuestión de inconstitucionalidad, inconstitucionalidad por omisión, control previo de constitucionalidad de leyes y tratados internacionales, etc.), lo que se refleja y desarrolla en las leyes Procesales específicas que los regulan, como es el caso de Bolivia.

20 de noviembre día de San Gregorio

EN TRES ANÁLISIS: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO. SU ITER LEGISLATIVO Y SUS PRINCIPIOS PROCESALES^{1*}

I

UN HITO EN LA HISTORIA LEGISLATIVA DE AMÉRICA LATINA: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

Con fecha 31 de mayo del 2004, y luego de un largo proceso en su iter legislativo que trasciende la sede parlamentaria, conforme veremos en el acápite segundo de este breve estudio, se aprueba la Ley 28237, Ley llamada a regular el Código Procesal Constitucional del Perú. El hecho resulta ser hoy todo un hito no sólo en el país, sino para toda Iberoamérica y, por qué no, del mundo, en tanto resulta ser el primer Código de esta manufactura que, alambicado desde los

1 * Escrito con la colaboración de José F. Palomino Manchego. Publicado en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. (Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde). José F. Palomino, Coordinador, 2 vol, Grijley; Lima, 2005. El ensayo ha sido actualizado en la parte pertinente a los principios procesales, a partir del capítulo pertinente de nuestra tesis doctoral Tratado del Proceso Constitucional de Amparo, Edit. Gaceta Jurídica, 2da Edición, Lima, 2014.

predios académicos, tuvo -vale resaltarlo- éxito en ser acogido por un grupo de parlamentarios, hacerlo suyo y transitar luego el camino de rigor, hasta convertirse en un conjunto sistemático y ordenado llamado a desarrollar hoy todos los procesos constitucionales que, a la fecha, están dispersos en una compleja maraña legislativa asistemática y discordante, creados en épocas distintas, bajo marcos constitucionales diversos y políticas legislativas contradictorias.

Se llega así, a un feliz puerto en el Perú y ello, por lo menos hoy en teoría, resulta ser de trascendental singularidad el que en toda Iberoamérica, el Perú exprese emblemáticamente ser el país de avanzada en el desarrollo legislativo de lo que, desde la vieja y clásica polémica en torno a la defensa de la Constitución que sostuvieran en su momento Kelsen vs. Schmitt², se arriba a lo que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, acabada y modélica, Héctor Fix-Zamudio consolida el desarrollo de una de las grandes partes que hoy integran a la “Defensa de la Constitución”³ y que son precisamente las garantías constitucionales, hoy rigorizados en el flamante Código Procesal Constitucional con el nomen iuris más moderno de “procesos constitucionales”⁴.

2 HERRERA, Carlos Miguel: “La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución” en la Revista de Estudios Políticos, N° 86 (Nueva Época), Madrid, 1994.

3 FIX-ZAMUDIO, Héctor: Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano, 2da Edición, UNAM, México, 1998, p. 165.

4 Para una precisión de esta expresión puede verse a DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo: Proceso Constitucional, Bello Horizonte, 1981; igualmente a: DA SILVA, José Afonso: “El Proceso Constitucional”, en Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles. Libro en Reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos, Víctor Bazán Coordinador, Ediar, Bs. As., 2003, pp. 754 y ss.

1. ¿Por qué el primer Código Procesal Constitucional de Iberoamérica y del mundo?

Cabe en primer lugar, ubicar los marcos y linderos, así como el contexto en el que se formula la interrogante arriba enunciada. Y es que, en efecto, no se trata de afirmar una pretensión chauvinista ni académica, ni hay una pretensión vanidosa en esgrimir en la vitrina de las políticas legislativas comparadas, una joya legislativa, por cuanto el que se haya publicado en el Perú un Código Procesal Constitucional no va a garantizar, como querrían los románticos de la vieja “concepción racionalista de la Constitución” que por hechizo taumatúrgico, el país cambiaría hacia una inmediata consolidación de un real Estado Social y Constitucional de Derecho; ello no es así, y sin embargo, es obvio que el Código Procesal Constitucional peruano, pretende eso: “garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. En realidad el tiempo, gran consejero de la vida, irá dándole lo que los Jueces, operadores intérpretes de la norma constitucional, imprimirán la andadura que corresponda.

Si recorremos en perspectiva histórica la evolución de las políticas legislativas, podemos apreciar que, en lo que respecta al movimiento codificador, este arranca en el Siglo XVIII bajo la inspiración de la Escuela del Derecho Natural-Racionalista⁵; subyace en toda codificación el criterio de unificar en un cuerpo orgánico y sistemático, una serie de instituciones

5 ALVAREZ GARDIOL, Ariel: Introducción a la Teoría General del Derecho, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1975, pp. 175.

jurídicas. En lo que respecta a América Latina, bien es cierto que todos los países cuentan con diversas legislaciones de naturaleza procesal constitucional⁶; empero, ellas se encuentran dispersas y regulan diversos procesos constitucionales y no están todas agrupadas en un corpus iuris como son los alcances y naturaleza de un Código.

También cabe deslindar que, si bien en la provincia federal de Tucumán, Argentina, ya se contaba con anterioridad con un Código Procesal Constitucional⁷, este tiene un alcance territorial restringido a dicha provincia federal; no rige para toda la República de Argentina, pues si ello fuera así, no cabe duda que el hito histórico lo tendría este país porteño; de allí que el Código Procesal Constitucional de Tucumán, el mismo que cuenta con una extraordinaria sistemática de IV Títulos y 111 artículos es un Código strictu sensu, pero el ámbito de su aplicación y vigencia no es para toda la Argentina; en consecuencia, este país no cuenta con un Código aplicable para todo el Estado, como lo tendrá el Perú, a fines del presente año 2004. Sí en cambio, la Argentina, tiene con alcances erga omnes, la Ley de Amparo 16.986⁸.

6 Uno de los primeros intentos que se aprecia en la década de los 60 sobre “las garantías constitucionales” en el Seminario sobre Amparo, Hábeas Corpus y otros recursos similares, Organizado por las Naciones Unidas en colaboración con el Gobierno de México. ONU New York, 1962, 112 pag.

7 Registrado bajo la Ley Nro. 6.944. Promulgada el 2 de mayo de 1999 y publicada el 8 de mayo de 1999. Su texto puede apreciarse en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución, N° 1, 2003, Edit. Porrúa, México, pp. 223-249.

8 Vid. Por todos SAGÜÉS, Nestor Pedro: Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo; 4ta. edición ampliada, Vol. III, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995.

En consecuencia, el Perú como Estado cuenta con un Código Procesal Constitucional que regirá la vida de toda la República; y ello no ocurre, reiteramos, en Argentina, pues sus alcances son discretos y referentes sólo y exclusivamente a una provincia federal, en razón a su propia estructura territorial federal.

En lo que respecta a Costa Rica, esta República centroamericana cuenta, no con un Código, sino con una Ley Orgánica de Jurisdicción Constitucional⁹, no obstante ello, no desmerece reconocer que es todo un cuerpo unitario, regulador de las garantías constitucionales. Esta Ley Orgánica surge, como se recordará, como consecuencia de las reformas de los artículos 10 y 48 de la Constitución que en mayo de 1989 creó un órgano especializado en materia de jurisdicción constitucional, nos referimos a la Sala Constitucional, dentro de la órbita del Poder Judicial¹⁰. En esta Ley se subsume el desarrollo de la estructura y funciones de la Sala Constitucional, así como articula todos los mecanismos de la defensa de la Constitución de Costa Rica.

Para finalizar estos aspectos, en la República de El Salvador, existe igualmente el anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, cuyo giro sigue la tendencia paulatina, pero imparable, con miras a unificar la

9 El 18 de octubre de 1989 se promulgó la Ley 7135 “Ley de Jurisdicción Constitucional”

10 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: “La Justicia Constitucional en Costa Rica”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, CEC, Madrid, 1997; del mismo autor “El Sistema Constitucional Costarricense”, en Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos, Dykynson, Madrid, 1992; y “La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica”, en Derecho Procesal Constitucional Eduardo Ferrer Mac-Gregor Coordinador, Vol. III, Edit. Porrúa, México, 2003, pp. 2777 y ss.

desperdigada legislación procesal constitucional en un solo cuerpo orgánico¹¹.

Bien, mirando así las cosas, no resulta sorprendente, ni mucho menos audaz, afirmar que estamos ante el primer Código Procesal de estirpe constitucional en Iberoamérica; y cabe resaltar que, en puridad, sería el primer código de esta naturaleza en el mundo, dado que en los países continentales europeos, se cuentan si bien con emblemáticas judicaturas concentradas en Tribunales o Cortes Constitucionales¹²; su legislación gira bajo los marcos de una regulación vía leyes orgánicas de estos Tribunales Constitucionales¹³: así como de legislación específica sobre la jurisdicción constitucional; incluso algunas editoras y autores consignan a la heterodoxa legislación dispersa, una concordancia sistemática, y publican dicha legislación, como códigos, conforme se aprecia en ediciones italianas¹⁴, o como es el caso de México, a través de la extraordinaria edición de Eduardo Ferrer MacGregor¹⁵. Pero, en realidad, ubicado desde la pujante presencia de los países de la Ex Europa del Este¹⁶, se

11 Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional de la República de El Salvador. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución, Nro. 2, Julio-Diciembre, 2004, Edit. Porrúa, México, pp. 251-276.

12 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI, Edit. Tecnos, Madrid, 2002.

13 Vid. BLE: Boletín de Legislación Extranjera (La Jurisdicción Constitucional en la Unión Europea) pp. 155-156, septiembre-octubre 1994. Cortes Generales, Madrid, Secretaría Genereal del Congreso de los Diputados.

14 Mario CHIAVARIO - Andrea GIORGIS: Codice della giustizia costituzionale, seconda edizione, Giuffrè editore, Milano, 2000.

15 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: Compendio de Derecho Procesal Constitucional: legislación, prontuario y bibliografía, Edit. Porrúa, México, 2003.

16 COMPLAK, Krystian: La Jurisdicción Constitucional en la ex Europa del Este; Trabajo inédito por publicarse en México.

vienen realizando progresivos esfuerzos, dentro de la consolidación de lo que viene atalayando el profesor Peter Häberle, con la consolidación de los “Estados Constitucionales Comunes”¹⁷ de Europa, y en el que se extiende para Latinoamérica y la entrada de los países como Polonia, Hungría, Croacia, Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Albania, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Macedonia, República Checa, lo que resta de Yugoslavia-Federación, de Serbia y Montenegro, República Federativa Rusa, Moldavia, Bosnia-Herzegovina, Letonia, República de Ucrania; todos estos países, más algunos excepcionales como de la Corte Constitucional de Sudáfrica, o los altos Tribunales Constitucionales en Madagascar y Egipto o, como el Tribunal Constitucional surcoreano¹⁸; no hacen más que seguir confirmando el desarrollo pletórico del realismo jurídico que supone la presencia de viejos y pujantes países con una jurisdicción constitucional bien concentrada, o bajo el modelo americano-difuso; pero, independientemente de estos modelos de jurisdicción constitucional, existen expresas políticas legislativas vía el desarrollo de las garantías o procesos constitucionales que vienen progresivamente consolidándose. No empezó, reiteramos, en ninguno de los países europeos ni latinoamericanos, fuera de los precedentes parciales de Tucumán y Costa Rica, el Perú, al menos formalmente, ostenta un verdadero hito histórico como es el de haber desarrollado un flamante

17 HÄBERLE, Peter: El Estado Constitucional. Estudio introductorio de Diego Valadés, Introducción e índices de Héctor Fix-Fierro, UNAM, PUCP, Lima, 2003.

18 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica. Prólogo de Héctor Fix-Zamudio; edit. FUNDAP, México, 2002, pp. 62-63.

Código Procesal de esta naturaleza; y que es pionero en el mundo iberoamericano y, por extensión, del mundo occidental.

Es de esperarse, que la tendencia sea, a partir de este Siglo XXI, la de ir desarrollando sendas legislaciones que uniformicen todos los procesos constitucionales en un solo cuerpo unitario¹⁹. Y en esta perspectiva tenía razón el jurista Eduardo García Maynes, “La tendencia, siempre creciente, hacia la codificación del derecho es una exigencia de la seguridad jurídica”²⁰. En tal perspectiva, el Código Procesal Constitucional Peruano, marca una pica en flandes y sin complejos, ni chauvinismo académico repetimos, superada la *vacatio legis* de rigor que ha impuesto el propio legislador, habrá de esperar que este instrumento moderno, con todas las imperfecciones que humanamente puedan tener, empiece la etapa de su aplicación a través de una creativa jurisprudencia que sintonice con el desideratum de consolidar un Estado que afirme una plenitud en la vigencia fáctica de los Derechos Humanos, aspiración que en los últimos tiempos le agobiaría en el esfuerzo académico al reciente desaparecido maestro Germán Bidart Campos²¹.

19 SAGÜÉS, Néstor Pedro: “La Codificación del Derecho Procesal Constitucional” y “Los Desafíos del Derecho Procesal Constitucional”; así como TAJADURA TEJADA, Javier: “Retos y Desafíos del Derecho Procesal Constitucional en el Umbral del Tercer Milenio: Reflexiones desde la Perspectiva Europea”, todos en Derecho Procesal Constitucional, coordinador Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Edit. Porrúa, México, Vol. I, 2003, pp. 499 y ss.; 507 y ss., y 521 y ss.

20 GARCÍA MAYNES, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho; Edit. Porrúa, México, 1973.

21 AA.VV: German J. Bidart Campos (1927-2004) (Testimonios y Homenajes). Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Edit. Grijley, Lima, 2004.

II

EL ITER LEGISLATIVO DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Si ya se ha sostenido que este cuerpo unitario se promulgó el 31 de mayo de 2004, resulta de vital importancia para quienes habrán de utilizar esta herramienta como una espada de la defensa de la Constitución, saber todos los entresijos de su desarrollo y posterior promulgación del Código. Prácticamente, habría existido dos grandes momentos o etapas en la gestación y posterior promulgación del Código Procesal Constitucional.

1. La etapa de la iniciativa académica

Los antecedentes del Código se remontan a una década atrás. En efecto, la iniciativa, *sensu strictu*, no salió de los predios del propio Congreso; sino que fue una Comisión que por propia iniciativa se “autoconvocó” en 1994 y que luego fue instalado en 1995.

Esta comisión, oficialmente reconoce que la idea original nació de Juan Monroy Gálvez²² y que a ella se sumaron Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordoñez, Samuel Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia. Hay que reconocer que la iniciativa, si bien fue de estos profesores, en puridad, fue una comisión no sólo de académicos, sino que todos, a la vez, son prominentes abogados con estudios jurídicos abiertos. No obstante, según se

22 AA.VV: Código Procesal Constitucional, Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico; Edit. Palestra, Lima, 2004, p.12.

aprecia, esta iniciativa, a la postre, duró muchos años y lo reconocen sus propios integrantes:

“Nadie pensaba en aquel entonces que se tomase tanto tiempo, en un texto que al parecer no tenía futuro alguno, viviendo como se vivía, en medio de la autocracia fujimorista²³”.

De acuerdo a las versiones actuales y que de por sí se explica esta comisión, al elaborar el Anteproyecto del Código Procesal Constitucional, tenían los siguientes objetivos:

- a) Sistematizar una legislación que ya para esa época estaba dispersa, y lo siguió estando por varios años;
- b) Actualizar la terminología, los conceptos y el enfoque, no sólo teniendo en cuenta los avances de la moderna doctrina, sino sobre todo, la experiencia jurisprudencial de los últimos veinte años²⁴.

La estructura y dinámica de esta comisión fue muy sencilla; se estableció un plan previamente coordinado entre ellos; y luego “se dividieron los temas y se los repartieron para que cada uno los desarrollase y luego fueron objeto de discusión en conjunto”²⁵.

Con todo, este Anteproyecto, en sus grandes lineamientos, estuvo listo en 1996. Sin embargo, el original entusiasmo fue ciertamente eclipsado por

23 AA.VV: Código Procesal Constitucional, Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico, op. cit. p.12.

24 Idem ibid., p.19.

25 Loc. cit., p.20.

el clima autoritario e intemperante del régimen de Fujimori, sumado a una indiferencia; y luego, habría de venir el periodo de la transición política, lo que supuso que estuviera en invernadero por otros años.

El Anteproyecto, circuló en copias a una gran cantidad de abogados, Jueces, Fiscales y a un grueso de profesores integrantes de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, así como a entidades representativas que hicieron desde sus perspectivas, aportes que la Comisión iba incorporando. En mérito a ello, el Anteproyecto seguía depurándose y mejorando; con una versión notablemente corregida y ampliada se publica en octubre de 2003 bajo el sugestivo título de: “Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y Legislación Vigente” por la casa editora Palestra²⁶. Igualmente y a nivel extranjero, dicho Anteproyecto también se divulga en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional que circuló en Sevilla en diciembre de 2003²⁷. Hasta allí, al menos, tenemos la versión definitiva del Anteproyecto, cuyas fuentes de divulgación fueron tanto por la editorial Palestra, como por la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional que se viene publicando desde México y que a la fecha tiene ya dos números y a fines del presente año se editará el tercer número²⁸.

26 AA.VV: Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y Legislación Vigente, Edit. Palestra, Lima, 2003.

27 Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Edit. Porrúa, Nro. 1, diciembre de 2003, México, pp. 251-282.

28 Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Edit. Porrúa, N° 2, julio-diciembre de 2004.

2. La etapa de la iniciativa legislativa multipartidaria.

A raíz de la publicación del Anteproyecto, este no pasó desapercibido por un grupo de parlamentarios que acogieron e hicieron suyo el Anteproyecto elaborado por la comisión de juristas; y fue así como dicho Anteproyecto se presenta al Congreso. A partir de este año, que corresponde a fines del 2003, en diciembre, empieza técnicamente el iter legislativo formal en sede parlamentaria. En efecto, cuando pasa a las respectivas comisiones del Congreso (Justicia y Derechos Humanos, y Comisión y Reglamento), el Anteproyecto mantuvo casi el 90% de su versión original; el otro porcentaje, ciertamente fue cosecha o creación parlamentaria, lo cual, habrá en su momento que evaluar si lo que se cambió, suprimió o amplió fue o es positivo frente a la versión original.

La iniciativa del grupo parlamentario multipartidario estaba integrada por los siguientes congresistas de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos: Alcides Chamorro Balvín, Walter Alejos Calderón, Carlos Almerí Veramendi, Natalie Amprimo Plá, Judith De La Mata Fernández, Jorge Del Castillo Gálvez, José Delgado Núñez Del Arco, Carlos Ferrero Costa, Antero Flores-Aráoz Esparza, Yonhy Lescano Ancieta, Michel Martínez González, Gerardo Saavedra Mesones Cruz, Eduardo Salhuana Cavides y Luis Santa María Calderón.

En sede parlamentaria, la iniciativa fue presentada el 15 de diciembre del 2003 a través del Proyecto de Ley 09371. Ya en el seno del Congreso, se presentaron

los dictámenes favorables; aun cuando la Comisión de Justicia y Derechos Humanos propuso diversos cambios al Anteproyecto que, a la larga, no fueron acogidos por el pleno. Igualmente el Congreso solicitó la opinión del Tribunal Constitucional, siendo también positiva la opinión de este Colegiado Constitucional y propuso específicos cambios que fueron tomados en cuenta.

Fue así como el 6 de mayo del 2004 era aprobado el Proyecto por 72 votos a favor, ninguno en contra y una abstención. El 28 del mismo mes y año se promulga por el Ejecutivo y el 31 de ese mes y año sale publicado en El Peruano el novísimo Código Procesal Constitucional²⁹.

29 En lo que va desde la publicación oficial desde el 31 de mayo toda la prensa escrita dio cuenta de esta normatividad; y luego han empezado a publicarse diversos artículos periodísticos y progresivamente en revistas especializadas algunas apreciaciones teóricas en torno al Anteproyecto, puede verse en: CASTAÑEDA OTSU, Susana: Derecho Procesal Constitucional; 2 Vols., Edit. El Jurista, Lima, 2004. Igualmente el trabajo de ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy: Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derecho del Administrado, Edit. Palestra, Lima, 2004.

III

LOS PRINCIPIOS PROCESALES QUE RIGEN A LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

1. EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO:

1.1. *Introducción*

Si bien los títulos preliminares forman parte ya de la técnica legislativa³⁰ de algunos Códigos con los que cuenta ya el Perú, como lo fueron el antiguo Código Civil de 1936, el actual de 1984, el Código Procesal Civil de 1993, El Código Penal de 1991; el Código Procesal Penal de 2004, el Código Tributario, El Código de Niños y Adolescentes, entre otros, bien sabemos que el Título Preliminar constituye una porción normativa que ostenta un lugar privilegiado dentro de todo el territorio normativo de un código³¹. Y es que se nos presenta como un pórtico hermenéutico que ordena y sistematiza a toda la legislación que allí se codifica. En los títulos preliminares se presentan de forma maciza una serie de normas que no son simples declaraciones o entelequias estéticas; sino, antes bien, se nos presenta como un conjunto de principios generales que juegan un rol para una interpretación intrasistemática (dentro del propio código) y el rol extrasistemático (fuera del código). Lo propio se podría afirmar también que,

30 RUBIO CORREA, Marcial: Para Leer el Código Civil. Título Preliminar; Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Edit., Lima, 1986, pp. 19 y ss.

31 Anota Ignacio de Otto que la regulación del Título Preliminar en el Código Civil “ha sido calificado en ocasiones en derecho constitucional material” y anota luego “el que la disciplina de las fuentes se haya contenido tradicionalmente en el Código Civil, podrá conferir a las siguientes normas un especial prestigio en la doctrina, pero no incrementa en absoluto su valor por encima del que tienen las demás normas legales, siempre subordinadas a la Constitución”. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, Edit. Ariel, Barcelona, 1999, pp. 85 y ss.

del contenido del Título Preliminar, en este caso del Código Procesal Constitucional, este sólo debe estar referido únicamente al propio código que cartabona o precede; sino que, rediseña notablemente una serie de principios que la magistratura ordinaria y la del Tribunal Constitucional, habrá de tener presente, pues deberán armonizar eventuales antinómicas³² que puedan presentarse.

Otro aspecto importante que cumple o cumpliría el Título Preliminar del Código será el lugar ciertamente privilegiado que el prescribe, dentro de las fuentes en el sistema de la jurisdicción constitucional³³, pues el que allí se regule, bajo la mansedumbre lacónica de lo allí normado, como los alcances mismos, los fines de los procesos, los principios, la magistratura competente, la interpretación tanto de los Derechos Humanos como de la Constitución; entre otros aspectos, no son más que las pautas hermenéuticas en torno al universo del ordenamiento constitucional peruano.

2. Los principios procesales que regirán a los procesos constitucionales

El art. III del Título Preliminar (T.P.) del Código recoge y enuncia una serie de principios que deben rodear al desarrollo de los diversos procesos constitucionales. Veamos cada uno de estos principios.

32 CELOTTO, Alfonso: Teoría General del Ordenamiento Jurídico y la Solución de las Antinomias, Edit. FUNDAP, México, 2003.

33 Sobre el tema de las fuentes Vid. DE OTTO, Ignacio: op. cit., pp. 82-87; y a PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo: Las Fuentes en el Derecho Comparado, Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde y Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego, Edit. Grijley, Lima, 2003, pp. 119 y ss.

2.1. *Principio de Dirección Judicial del Proceso*

Si bien es cierto que la norma recoge este principio como el primero que va a regir al amparo -y a los demás procesos constitucionales-, no menos cierto es que este reconoce como antecedente, en la legislación procesal ordinaria, al art. II del T.P del Código Procesal Civil, que prescribe: “La dirección del proceso esta a cargo del Juez”. Se trata, por tanto, de un principio que se configura no como una potestad, sino como un deber, no por cierto de carácter funcional sino de naturaleza procesal. Veamos una aproximación de este particular principio.

2.1.1. *Los deberes del Juez en el Código Procesal Constitucional*

Un análisis sistemático de las complejas formas y variantes de “deberes” que el Juez ostenta en forma ineludible en el proceso de amparo, estan ubicados a lo largo de casi todo el Código. Aquí, simplemente enunciamos un muestreo de cómo el principio de dirección judicial expresado, en este caso, a nivel de “deberes” que el operador intérprete de la norma constitucional tiene, bien sea del Juez ordinario, como del Tribunal Constitucional, opera en el seno del proceso de amparo:

- a) Deber de impulsar de oficio los procesos (art. III del T.P.).
- b) Deber de adecuar la exigencia de las formalidades a los fines del proceso (art. II del T.P.).

- c) Deber de interpretar el contenido y alcances de los derechos constitucionales en conformidad con los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos (art. VI del T.P.).
- d) Deber de preferir la norma constitucional antes que la legal (art. VI del T.P.).
- e) Deber de interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional (art. VI del T.P.).
- f) Deber de aplicar el derecho que corresponde al proceso (art. VIII del T.P.).
- g) Deber del Juez de declarar fundada la demanda aunque haya ocurrido la sustracción de la materia (arts. 1, 5 Inc. 5, 8).
- h) Deber del Juez de remitir la notitia criminis al Fiscal en los procesos constitucionales fundados donde se haya cometido delito (art. 8).
- i) Deber de los Jueces Superiores de integrar las sentencias que omitan algo (art. 11).
- j) Deber de los Jueces de tramitar con carácter preferencial los procesos constitucionales (art. 13).
- k) Deber del Juez de exigir apariencia de buen derecho -bonus fumus iuris- y peligro en la demora -periculum in mora- para la expedición estimativa de una medida cautelar (art. 14).

- 1) Deber del Juez de expedir sentencia cumpliendo los requisitos que la misma debe contener (art. 17).

Y así de la simple lectura del Código se puede apreciar diversas situaciones en las que al Juez se le impone deberes u obligaciones que debe asumir, dentro de los marcos del principio de dirección judicial del proceso.

2.1.2. La superación del principio dispositivo y la instauración del principio inquisitivo

Dentro de los principios fundamentales que rigen el procedimiento se encuentran dos principios en sí excluyentes y contrapuestos; por un lado el llamado principio dispositivo y por otro el inquisitivo.

El legislador, siguiendo la tendencia moderna, ha impetrado dentro del principio de la dirección judicial, un principio que convierte hoy en día al Juez, en una autoridad y no en un simple convidado de piedra: El principio inquisitivo que, contrariamente al principio dispositivo, donde el Juez asumía una actitud o rol pasivo, le da al juez un rol preponderante en el proceso. Respecto al principio dispositivo Devis Echeandía, ha explicado que este posee dos significados básicos: a) Por un lado, significa que corresponde a las partes iniciar el proceso con la postulación de demanda; y b) que corresponde igualmente a las partes solicitar las pruebas sin que el Juez pueda ordenarlas de oficio³⁴.

En tal situación, se desprende que en virtud del principio dispositivo le corresponde a las partes en

³⁴ DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. T. I, Editorial Universidad, Buenos Aires; 1984, pp. 28.

conflicto la dinámica general del proceso y el Juez apenas asume un rol pasivo de la misma. En cambio, en el principio inquisitivo, se le faculta al Juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente los medios que ellas lleven o le pidan; y por otro aspecto le faculta para continuar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales³⁵.

Se podrá apreciar aquí que el primer principio contenido en el art. III del T.P., la dirección judicial del proceso, es un principio emblemático del principio inquisitivo.

2.1.3. El rol determinante del Juez en el Principio de Dirección Judicial

Bajo este principio, como ya se podrá apreciar, el Juez asume un rol determinante en el proceso constitucional de amparo, y no se limita a observar la actividad procesal de las partes, sino que va a ser quien la encamine hacia el resultado del proceso e, inclusive, promueva (a través de los mandatos judiciales correspondientes) los actos procesales necesarios a fin de impulsar el proceso, esclarecer los hechos, formarse convicción de los mismos y resolver en consecuencia, dándole así solución al conflicto de intereses de naturaleza constitucional que fuera puesto en su conocimiento³⁶.

35 DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. op. cit., pp. 29.

36 HINOSTROZA MINGUES, Alberto. Comentarios. Código Procesal Civil. T. I., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 28-29.

No se puede concebir, por ejemplo, que si determinadas personas legitimadas procesalmente para interponer un proceso de inconstitucionalidad, una vez que postulan la pretensión a fin de que se declare inconstitucional una Ley determinada; luego, cuando la parte demandada sale a juicio, los actores de la demanda de inconstitucionalidad se “desistan”; aquí el Juez no debe estar sujeto al capricho y arbitrariedad de las partes; sino que, por el contrario, debe aplicar lo que establece el cuarto párrafo del art. III del T.P. del Código: “Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación”.

La prueba de oficio, por ejemplo, puede resultar del impulso y la dinámica que el juez le imprima; lo que, por lo general, no ocurre en los procesos ordinarios. Así, este tipo de prueba esta recogido en el art. 9 del Código Procesal Constitucional (C.P.Const.), que ha delegado en el juez la potestad de disponer de oficio la realización de alguna actuación probatoria que considere indispensable para la resolución de la controversia constitucional, aun cuando como el mismo código dispone, en este proceso constitucional no existe etapa probatoria.

En consecuencia, por este principio de dirección judicial, el Juez es pues el conductor del proceso y, por ende, no sólo tiene el deber de hacer cumplir las normas que lo regulan, sino también la obligación procesal de

impulsar su desarrollo, siendo responsable de cualquier demora por su dilación³⁷.

Visto así las cosas, y de acuerdo a la configuración de la naturaleza jurídica de los procesos constitucionales, dichos procesos no constituyen instrumentos pertenecientes sólo y exclusivamente a las partes; sino que, en rigor, dichos procesos son un instrumento público y la norma procesal deposita en el Juez la gran responsabilidad de llevar a buen puerto todo proceso constitucional y no estar simplemente supeditado, como el antiguo ritualismo procesal del principio dispositivo, a lo que las partes en conflicto actúen dentro del proceso.

2.1.4. El principio de dirección judicial a partir de la doctrina jurisprudencial del TC

El Tribunal Constitucional ha venido desde los inicios de vigencia del Código Procesal Constitucional señalando que este principio constituye ciertamente una “facultad que permite al juez verificar la efectiva y pronta satisfacción del derecho alegado”³⁸.

Más específicamente el TC ha precisado que el mencionado principio “delega en la figura del juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta”³⁹. En tal sentido, ha enfatizado el TC que: “Corresponde al juez constitucional detectar y desvirtuar

37 CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. Vol. I, Grijley, Lima, 2000, pp. 48-49.

38 STC 2876-2005-PHC/TC, FJ 23.

39 STC 2876-2005-PHC/TC, FJ 23.

aquella conducta procesal que, intencionalmente o no, pretenda convertir al proceso en un ritualismo de formas, antes que en un eficiente cauce para la protección de los derechos fundamentales y el respeto de la supremacía normativa de la Constitución”⁴⁰.

En otros aspectos, el TC ha vinculado este principio con diversos contenidos innovadores que fecundan la dirección judicial, tal como el principio de congruencia judicial. En efecto, partiendo de que el derecho de acceso a la justicia importa no sólo la posibilidad de acceder a un órgano jurisdiccional, sino también que este resuelva acorde con las pretensiones ante él formuladas (principio de congruencia), el TC ha sentado la postura de que el principio de la dirección judicial permite y obliga al juez constitucional a que, en caso que la pretensión esté planteada de manera incorrecta, o la norma de derecho aplicable haya sido invocada erróneamente, reconozca el trasfondo o núcleo de lo solicitado y se pronuncie respecto de él⁴¹. En consecuencia, tanto en la primera hipótesis (suplencia de queja), como en el *iuri novit curia*, como veremos luego, se manifiesta la dirección judicial del proceso.

En efecto, el TC ha vinculado el principio en cuestión con el principio *iura novit curia*, precisando que si un justiciable interpone un proceso de hábeas corpus esgrimiendo vulneración del derecho de defensa y debido proceso, le corresponde al TC en aplicación de estos dos principios adecuar la demanda y reencausar la causa hacia la vía procesal del amparo, por ser la

40 STC 0048-2004-PI/TC, FJ 4.

41 STC 2302-2003-AA/TC, FJ 30.

vía adecuada para la dilucidación de una controversia constitucional basada en los referidos derechos⁴².

Por otro lado, el TC ha redimensionado este principio en el marco de los procesos constitucionales, habida cuenta que dicho principio se ubica también en los procesos ordinarios, por lo que cabe preguntarse si su contenido sería sustancialmente el mismo en todo tipo de proceso. En el caso de los procesos constitucionales como el amparo, el TC ha afirmado que este principio tiene una dimensión distinta al que se le asigna en el marco de los procesos ordinarios. En efecto, a diferencia de los procesos ordinarios en que este principio está orientado esencialmente a la pacificación de intereses de contenido y alcance subjetivo, en los procesos constitucionales este principio concreta la aspiración de vigencia de los valores, principios y derechos que la Constitución encarna. Es decir, el principio de dirección judicial en los procesos constitucionales obliga al juez a abandonar el papel de “órgano neutro” de decisión que debe guardar en el conflicto entre dos particulares, asumiendo, en cambio, la labor de principal promotor del logro de los fines de los procesos constitucionales, por lo que su actuación en la resolución de una controversia de carácter constitucional se vuelve indispensable⁴³.

42 STC 7873-2006-PC/TC, FJ 2-9.

43 STC 0005-2005-CC/TC, FJ 4-7. En esta perspectiva, el principio de dirección judicial del proceso puede vincularse con el principio sustantivo de “promoción de los derechos fundamentales”, que, como anota Sagüés, es un principio esencial en la interpretación de los derechos fundamentales. Vid. SAGÜÉS, Néstor Pedro: “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica* (Libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos), José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell (Coordinadores), Grijley, Lima, 2002, pp. 33-52, especialmente p. 38; vid. igualmente CARPIO MARCOS, Edgar: *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, p. 44.

2.2. *Principio de Gratuidad en la Actuación del Demandante*

A diferencia de lo que prescribe el art. VIII del T.P. del Código Procesal Civil que establece el principio de gratuidad en el acceso a la justicia “El acceso al servicio de la justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecidas en este Código y disposiciones administrativas del Poder Judicial” (Texto según el art. 2 de la Ley 26846 del 27 de julio de 1997), el Código Procesal Constitucional dispensa este principio a una de las partes: el demandante.

2.2.1. *Los perfiles de la Constitución de 1993*

La Constitución de 1993 establece en el art. 139 inciso 16: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional... 16.- El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos económicos y para todos, en los casos que la Ley señale”.

La fórmula constitucional habilita al legislador a que, además de las personas que no cuentan con recursos económicos para costear un proceso judicial, y dentro de determinadas políticas discrecionales, pueda conferir a las personas presuntamente más débiles un status preferencial en el acceso a la justicia; por lo que la norma constitucional igualmente permite, más allá de lo crematístico, la gratuidad, “en los casos que la Ley señala”. Y, precisamente, el Código ha establecido en la norma la “gratuidad en la actuación del demandante”.

El TC, por su parte, ha desarrollado este principio de gratuidad en la impartición de justicia, desglosándolo

en dos contenidos esenciales como son: La gratuidad para las personas de escasos recursos y la gratuidad para todos en los casos que señala la ley. Aunque el TC no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el principio de gratuidad en los procesos constitucionales, la gratuidad señalada en el Código Procesal Constitucional se ubica indudablemente en el segundo de los supuestos antes señalados, es decir como una gratuidad de alcances generales predeterminada legislativamente; ello, sin duda en atención a la trascendente entidad de los bienes jurídicos protegidos por los procesos constitucionales, y en tanto, los derechos fundamentales no sólo interesan al interés subjetivo de quien busca su defensa, sino también al orden público constitucional. Veamos cómo ha interpretado el TC el contenido esencial del derecho a la gratuidad en la administración de justicia:

5. El inciso 16 del art. 139 de la Constitución establece que uno de los principios que informa el ejercicio de la función jurisdiccional es “El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”.

Dicho precepto constitucional, en lo que al caso importa resaltar, contiene dos disposiciones diferentes: Por un lado, garantiza “El principio de la gratuidad de la administración de justicia... para las personas de escasos recursos”; y, por otro, consagra “... la gratuidad de la administración de justicia... para todos, en los casos que la ley señala”.

6. La primera disposición comporta una concretización del principio de igualdad en el ámbito de la administración de justicia. Según este, no se garantiza a todos los justiciables la gratuidad en la administración de justicia, sino sólo a aquellos que tengan escasos recursos [económicos].

Como en diversas oportunidades ha advertido este Tribunal, el principio de igualdad, que subyace en los términos de la gratuidad en la administración de justicia aquí analizada, no obliga a tratar igual a todos siempre y en todos los casos, sino a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Dicho principio contiene, -también se ha sostenido-, un mandato constitucional que exige la remoción de los obstáculos que impidan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

En el ámbito judicial ese mandato se traduce en asegurar, a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito.

La gratuidad en la administración de justicia, en los términos constitucionalmente establecidos, ha sido desarrollada por el artículo 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley 26846, según el cual, se encuentran exonerados del pago de las tasas judiciales, entre otros, los litigantes a los cuales se les ha concedido auxilio judicial, institución que, por otro lado, esta regulada por el art. 173 y ss. del Código Procesal Civil⁴⁴.

44 STC 1607-2002-AA/TC, FJ 5-6.

2.2.2. *El carácter tuitivo de la norma*

Subyace en este principio, un carácter tuitivo del justiciable que es el que presumiblemente sufre un agravio constitucional. Consagrar la gratuidad en la actuación del demandante significa, en el fondo afirmar el derecho a la Tutela Judicial Efectiva; y recordemos que ella, entre otros aspectos importa “no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a la obtención de una tutela efectiva de aquellos Tribunales sin que pueda producirse indefensión”⁴⁵.

2.2.3. *¿Por qué el legislador no ha extendido la gratuidad a todas las partes?*

Si bien se ha podido apreciar, en la propia Constitución, entre los principios y derechos de la función jurisdiccional, esta el principio de la gratuidad de la administración de justicia, cabría preguntarse legítimamente si la posición del Código Procesal Constitucional al sólo otorgar el beneficio de gratuidad al actor-justiciable, no se encontraría en franca oposición a la *lex legum*. En rigor, estimamos que no, pues el propio texto de la Constitución, como ya se ha advertido, habilita una amplia potestad discrecional al legislador de beneficiar gratuitamente en los casos que estime conveniente.

El Código no ha extendido el beneficio de la gratuidad a los sujetos emplazados en la relación procesal; esto es, a los presuntos agresores, por lo que

45 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El Sistema Constitucional Español, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 226.

su participación supone el pago de tasas judiciales y demás gastos judiciales realizados en el proceso. En el fondo, nos encontramos ante una discriminación positiva, pues entre quien es actor en un proceso constitucional y, en particular, de los procesos que vertebran lo que Mauro Cappelletti denominó la “jurisdicción constitucional de la libertad”, y quien es emplazado en este mismo proceso, la diferencia que se presenta en un sentido valorativo es grande, pues se trata, en el primer caso, de personas que están siendo afectadas en complejos y heterodoxos derechos de estirpe constitucional, mientras que en el caso de la contraparte, por lo general, se trata de autoridades y funcionarios estatales o entes corporativos de gran poder económico que no poseen dificultades grandes para ejercer su derecho a la defensa o contradictorio. En esta perspectiva es que se manifiesta esta suerte de discriminación positiva, la cual procura, en términos razonables, igualar a los desiguales⁴⁶.

46 En igual sentido, expresa Espinoza Cevallos que “en materia de Derecho Procesal Civil, por su carácter privatista, los desembolsos por pago de aranceles judiciales se constituyen en regla, exceptuándose en el caso de la solicitud y concesión del auxilio judicial, previsto a partir del artículo 179 del Código Procesal Civil vigente. Figura anteriormente establecida en el Código de Procedimientos Civiles como el beneficio de la pobreza, aplicable a los casos en los que la persona por cubrir los gastos pueda poner en peligro su existencia o se encuentra en una situación de indigencia por sus escasos ingresos, resultándole imposible acceder al sistema. Sin embargo debemos resaltar que en materia procesal constitucional la igual que en materia laboral se ha previsto la gratuidad por parte del demandante, debido a la naturaleza social de los derechos protegidos”. (Cfr. “Los principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional (art. III del T.P.)”, en *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. T. I. José F. Palomino Manchego (Coordinador). 2ª. edición, Universidad Inca Garcilaso de la Vega - Grijley, Lima, 2007, pp. 375-398, específicamente p. 380.

2.2.4. *La excepción al principio de la gratuidad: La condena de los costos y costas*

El último párrafo del art. III del T.P. del C.P. Const. establece que: “La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código”.

Nadie pone en duda que toda actividad procesal es de por sí onerosa, aún tratándose de procesos de naturaleza constitucional, pues genera diversos egresos de todo tipo: Gastos para las partes, para quienes supone desembolsos económicos, pues han de sufragar su propia actividad y la de las personas que, eventualmente, postulan en su nombre. Todos estos gastos, en términos generales, suponen uno de los principales problemas con que se enfrenta hoy el proceso constitucional que, aunque el propio código declare expresamente que todos los procesos constitucionales, sin excepción, son gratuitos, en los hechos tienen un costo económico que van desde el pago de los honorarios profesionales, a otros costos de diversa índole.

La rentabilidad de un proceso constitucional, como de los demás procesos es el baremo que se tiene en cuenta. En general, se habla de costos y costas del proceso. Al menos así lo regula el Código Procesal Civil; todo esto es en estricto, gastos procesales y que significan todos aquellos desembolsos de tipo económico que hay que efectuar en relación con un proceso. Estos gastos son de la más variada naturaleza. En realidad, unos vienen determinados por gestiones extraprocesales; como son por ejemplo el agotamiento de las vías previas; otros

por costo de copias certificadas y documentos que hay que presentar en el proceso, viajes. Existe otro rubro de gastos que se realizan ya una vez iniciado el proceso, pero al margen de las actuaciones procesales: conferencias con otros letrados, consultas, etc.; además de los gastos realizados con ocasión del propio proceso. A estos últimos se les reserva el nombre específico de costas procesales. Conceptualmente el Código Procesal Civil en su art. 410 precisa que: “Las costas estan constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales en el proceso”. Y sobre los costos indica el art. 411 del citado código adjetivo: “Son costos del proceso el honorario del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de Auxilio Judicial”.

Ahora bien, la norma indica la condena de costos y costas, lo cual significa que no todo ese conjunto genérico de gastos procesales van a llegar a ser recuperados por la parte interesada o vencedora; sino tan sólo las partidas que en el texto de la norma se integran dentro del concepto estricto de costas y costos procesales; y es obvio, siempre que el fallo definitivo resuelva la condena de costas y costos a la parte contraria⁴⁷.

47 RAMOS MÉNDEZ, Francisco. op. cit., pp. 685-686.

Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto por el art.56 del C.P.Const., la norma opera tanto para el pago de costas y costos de quien entabla un proceso, así como de quien lo sufre en calidad de emplazado; con excepción del Estado que, de acuerdo a lo prescrito por el segundo párrafo de la misma norma, sólo puede ser condenado al pago de costos.

2.3. *El Principio de Economía Procesal*

Este es otro principio que hoy esta subyacente en todos los procesos judiciales modernos y se reduce al axioma de que “debe tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal”⁴⁸. En efecto, si ya esta establecido que son fines esenciales de todo proceso constitucional el de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los Derechos Fundamentales (art. II del T.P. del C.P. Const.), dichos fines no deben estar cartabonados por una serie de ritualismos procesales que, a la postre, afecten sus fines con dilaciones innecesarias.

Los Magistrados, por otro lado, deberán tener presente que, en el caso de la economía procesal que deberá regir a los procesos constitucionales, no siempre van a ser los mismos que rigen la economía procesal de los procesos ordinarios; pues incluso dentro de estos, el Código Procesal Civil ha impuesto a los Jueces que “El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales” (art. V del T.P. de ese Código). Y esto porque mientras en los procesos civiles ordinarios, lo que se ventila y esta en juego

48 DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. op. cit., pp. 36.

son problemas de “derechos subjetivos privados”⁴⁹; en el caso de los procesos constitucionales, se trata de derechos públicos subjetivos⁵⁰. Y, mientras en la actual estructura funcional del Poder Judicial le corresponde conocer a los Jueces civiles y penales, heterodoxos procesos tanto ordinarios como los excepcionales de Amparo, Hábeas Data, Acción de Cumplimiento, Hábeas Corpus, etc., ambos -tanto los procesos constitucionales de la libertad como los procesos ordinarios- tienen asegurados en cada Código Procesal, el principio de la economía procesal. Sin embargo, pese a ello, estimamos que la economía procesal que esta subyacente en los procesos constitucionales -que se extiende, desde luego a los procesos que se ventilan en el Tribunal Constitucional- deben ser más ágiles, eficaces a fin de que se consiga en la menor actividad procesal posible, las decisiones finales; no por algo, en todos estos procesos no existe etapa probatoria y el esquema de los procesos resulta ser más sencillo y sumario.

En consecuencia, el principio de economía procesal trata de afirmar el ahorro de tiempo, de gastos y de esfuerzos en el proceso⁵¹. Al respecto, podemos manifestar que habrá ahorro de tiempo cuando el proceso se desarrolle normalmente, observándose sus plazos y su formalidad de rigor, sin lugar a la exageración. Habrá ahorro de gastos cuando estos no impidan que las

49 ETO CRUZ, Gerardo. Introducción al Derecho Civil Constitucional. Normas Legales, Trujillo, 2000, pp. 1-58.

50 JELLINEK, George. Teoría General del Estado. Prólogo y Traducción de Fernando De Los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, vid. en especial pp. 464 y ss., del Prólogo de Fernando De Los Ríos.

51 Vid. ESPINOZA CEVALLOS, Rodolfo José. op. cit., pp. 382-385.

partes en conflicto hagan valer sus derechos dentro del proceso. Habrá ahorro de esfuerzos cuando el proceso sea simple, en el sentido que los actos procesales se desarrollen sin hacer esfuerzos innecesarios.

La economía procesal en los procesos constitucionales, pretenden, como ya se tiene dicho, un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo; finalidades que se consiguen poniendo el acento en la conducta a observar por las partes y en la simplificación que estructure el procedimiento.

2.3.1. La posición del TC en torno al principio de economía procesal

El TC ha expresado que el principio de economía procesal no se restringe, en los procesos constitucionales, a la duración del proceso, sino que exige aliviar en la mayor medida posible el esfuerzo de tiempo y de medios económicos que suponen la realización de determinados actos procesales, como el desplazamiento, por ejemplo, con motivo de un informe oral, de los justiciables que son del interior del país a la sede del Tribunal Constitucional en la ciudad de Lima⁵².

El principio de economía procesal en los procesos constitucionales ha sido utilizado por el TC, en la mayoría de los casos, para fundamentar su decisión de entrar a examinar el fondo del asunto, cuando las resoluciones de grados inferiores han declarado improcedente liminarmente la demanda de amparo. En estos casos, el TC no se ha limitado a revocar la

52 STC 10340-2006-AA/TC, FJ 8.

improcedencia liminar, devolviendo, en su caso, el expediente al juzgado de origen para que sea admitido a trámite, sino que, siempre que la contraparte hubiera tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y en el expediente figuren los suficientes elementos de juicio para que el Tribunal se pronuncie, el TC, en aplicación de este principio, ha procedido a dictar una sentencia sobre el fondo del asunto. Veamos a guisa de ejemplo, en los siguientes considerando la postura del TC:

1. En el presente caso, se ha producido un rechazo liminar de la demanda conforme lo dispone el art. 47 del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, considerando que el demandante cuestiona la existencia misma del proceso administrativo sancionatorio, se observa que en el caso no se cumplen ninguno de los supuestos de improcedencia a que se refiere el art. 5 del referido Código; siendo así, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado y disponer la admisión a trámite de la demanda.

No obstante, este Tribunal estima que, pese al vicio en que se ha incurrido, existen en el expediente suficientes elementos de juicio para conocer del tema de fondo; por lo tanto, atendiendo al **principio de economía procesal**, emitirá pronunciamiento respecto de si la sola existencia del procedimiento administrativo y la posibilidad de imponer una sanción administrativa al demandante implica una amenaza de su derecho al

debido proceso, concretamente de la garantía ne bis in ídem”⁵³ (resaltado nuestro).

Yendo mucho más allá aún, el TC ha decantado la posibilidad de que, incluso cuando la contraparte no se hubiera pronunciado sobre la pretensión y no hubiera ejercido su derecho de defensa, el TC puede entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto, siempre que de los hechos descritos y de las pruebas aportadas por el recurrente, el resultado de la decisión sea previsible; por lo que, en aplicación del principio de celeridad procesal, el TC omite obligar al recurrente a transitar nuevamente la vía judicial, situación que podría causar, por otro lado, una afectación irreparable del derecho constitucional vulnerado. Veamos, como el TC ha sustentado esta posición jurisprudencial:

2. En el caso de autos, resulta evidente que se ha producido un quebrantamiento de forma en la tramitación del proceso de amparo, en los términos establecidos en los arts. 20 y 120 de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional, vigente a partir del 1 de diciembre de 2004 [antes artículo 42° de la derogada Ley 26435], por lo que debería de procederse de acuerdo con lo regulado en dichos artículos. No obstante ello, y de manera previa a la determinación de la presente controversia, este Colegiado considera necesario precisar que, en el caso, y si bien es cierto, la recurrida es una resolución que se limita a declarar la nulidad de todo lo actuado, ordenando reponer el proceso al estado en que se cometió el presunto vicio que

53 STC 5951-2005-PA/TC, FJ 2.

sustenta tal determinación jurisdiccional, sin embargo, resultaría inútil, y por lo tanto injusto, obligar al demandante a transitar nuevamente por la vía judicial para llegar a un destino que a la luz de los hechos descritos y a la jurisprudencia existente [p. ej., los pronunciamientos recaídos en los Expedientes N^{os} 0537-2002-AA/TC, 0908-2002-AA/TC y 0646-2002-AA/TC, entre otros], no sólo resulta previsible, sino que podría devenir en perjuicio irreparable para el actor con la dilación de este proceso. Consecuentemente, dada la naturaleza del derecho protegido, y estando a lo dispuesto en el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Civil -aplicable en forma supletoria por disposición del artículo IX del Título Preliminar de la Ley 2823- es necesario que, en virtud de los principios de economía y celeridad procesal, este Tribunal se pronuncie sobre la pretensión contenida en la demanda de autos”⁵⁴.

Del mismo modo, el TC ha utilizado el principio de economía procesal, estrechamente vinculado con el de celeridad que es exigencia de la tutela de urgencia que brinda el amparo, para adecuar vías procesales que fueron mal empleadas por los justiciables. Así, por ejemplo, en numerosos casos el Tribunal ha procedido a encauzar procesos planteados como hábeas corpus a la vía procesal del amparo, en tanto los derechos tutelados correspondían a esta segunda vía y no a la primera. Veamos, esta posición del TC:

54 STC 2980-2004-AA/TC, FJ 1.

3. “En tal sentido, este Colegiado, sustentándose en el principio de economía procesal, recogido en el art. III del T.P. del C.P.Const., y en virtud a la celeridad con la que deben atenderse las pretensiones en los procesos constitucionales, no obstante advertir que el trámite seguido en las instancias judiciales no es propiamente el que correspondía a la pretensión propuesta por el actor, decide resolver el presente caso adecuando su trámite al de un proceso de Hábeas Corpus. En esta decisión pesa, además, una razonable valoración sobre la improbable posibilidad de que tramitada conforme a las estrictas reglas del Hábeas Corpus, la pretensión del actor merezca una decisión sobre el fondo distinta a la que en esta oportunidad daremos”⁵⁵.

Recientemente, con ocasión de un proceso de amparo que insólitamente sólo ha podido llegar a su fin luego de 20 años, el TC ha tenido ocasión de recordar que, independientemente de que los procesos ordinarios también deben ser resueltos dentro de un margen razonable de tiempo, los procesos constitucionales deben revertir una dosis especial de celeridad (que implica el principio de economía en cuanto al ahorro del tiempo), por la propia naturaleza de los bienes y valores que se tutelan. En este sentido, el carácter preferencial y sumario de los procesos constitucionales, entre ellos el amparo, debe convertirse en un baremo de ineludible observancia para los jueces constitucionales, quienes, en palabras del TC deben reflejar un mayor grado de sensibilidad constitucional en la tramitación de los

55 STC 4586-2004-AA/TC, FJ 3.

mismos y no, caer en un extremo formalismo que, dilatando excesivamente el proceso, convierta a este en un ritual legal carente de todo sentido y finalidad⁵⁶.

2.4. *El Principio de Inmediación*

Este principio esta expresamente regulado en el art. V del T.P. del Código Procesal Civil⁵⁷ y en él se comprende al acto procesal en que el juez debe actuar junto a las partes, en tanto sea posible el contacto personal con ellas, prescindiendo de intermediarios⁵⁸. Este principio supone que las audiencias y todos los actos procesales deban ser realizados ante el juez y no le esta permitido delegar lo que le es consustancial a su cargo y función. En consecuencia, el principio de inmediación plantea la idea de que el juez en forma exclusiva y excluyente es el conductor del proceso constitucional; y por tanto, él es quien define la incertidumbre jurídico-constitucional; y para ello debe tener el mayor contacto posible con los sujetos del proceso, con los elementos materiales que tienen que ver con el litigio, con el propio desarrollo de los actos procesales y con la valoración de los medios probatorios recaudados en el proceso⁵⁹. Y es que el contacto directo, físico, personal entre el juez y las partes contribuirá a formarle convicción acerca de la veracidad o no de los hechos alegados por los litigantes.

56 STC 2732-2007-PA/TC, FJ 8.

57 art. V: Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

58 DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. T. I, op. cit., pp. 38-39.

59 CARRIÓN LUGO, Jorge. op. cit., pp. 51; HINOSTROZA MINGUES, Alberto. op. cit.; pp. 37; MONROY GÁLVEZ, Juan. op. cit., pp. 94-96.

Por otro lado, expresión típica de este principio es la oralidad que, como anota Juan Montero Aroca, “La oralidad implica inmediación, es decir, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto”⁶⁰.

En el principio de inmediación se vincula incluso algunos aspectos relacionados a la psicología jurídica; y en especial a la conducta procesal de las partes. En efecto, aquí el juzgador puede “elaborar presunciones a partir de ellas para sustentar sus decisiones”⁶¹.

Y aunque no tiene por qué vincularse el Código Procesal Constitucional con el Civil, este último desde una perspectiva mucho más compleja, dada la naturaleza de las incertidumbres que resuelven los procesos ordinarios, establece el art. 282 del Código Procesal Civil que: “El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas”.

Normalmente el proceso civil ortodoxo sostiene que no se puede impartir una correcta justicia sin que el juez pueda auscultar en forma personal y directa el

60 MONTERO AROCA, Juan y ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Jurisdiccional. T. I. Parte General, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 424.

61 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba”, en Revista Peruana de Derecho Procesal. T. II, Lima, 1998, pp. 58. Vid. Igualmente SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge y PRIETO EDERRA, Ángel. Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales. Eudema, Madrid, 1994, pp. 28.

conocimiento mismo de la dinámica del proceso; esto es, presenciar y tomar parte activa en el desarrollo del proceso. Sin embargo, el principio de inmediación que subyace en los procesos constitucionales, ciertamente no tiene las mismas características de un proceso ordinario o paralelo en lo civil o penal, por cuanto aquí no se trata de juzgar sobre los distintos medios probatorios. Así, en lo que respecta a la declaración de partes, por ejemplo, el juez debe valorar y comprender hechos diversos, independientemente entre sí; o ver si se demuestra la falsedad de una parte de lo declarado (art. 265); o interrogar a las partes (art. 217), o en lo que respecta a la declaración de testigos, cuya actuación debe ejecutarla el juez (art. 224); o si se tratara de documentos, donde el juez debe pedir informes de los mismos (art. 239), o declarar su ineficacia, bien sea por falsedad (art. 242) o por nulidad (art. 243), o ver su reconocimiento (art. 246); o su cotejo (art. 257), o su exhibición (art. 260); o si se trata de otras pruebas como la pericia, a fin de apreciar los hechos controvertidos a través de conocimientos especiales (art. 262); o finalmente la inspección judicial, a fin de que el juez pueda apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos (art. 272), todos del C.P.Const.

En suma, el principio de inmediación en el proceso constitucional tiene especiales peculiaridades, en la medida en que, conforme prescribe el art. 9 del propio C.P.Const., en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. La norma establece que sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación; lo que no impide la realización

de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.

En consecuencia, si bien la regla es que no hay etapa probatoria en los procesos constitucionales; ello no significa que, para los efectos de afirmar convicción y certeza en la solución de la controversia constitucional, el juez discrecionalmente puede disponer la realización de las actuaciones probatorias. Así por ejemplo, una exhibición, una inspección ocular.

El Código Procesal Constitucional acoge diversos aspectos donde se evidencia el principio de intermediación. Así, en el caso del Hábeas Corpus, la demanda puede establecerse verbalmente donde se levantará “acta ante el Juez o secretario” (art. 27); y en el caso de las detenciones arbitrarias, el Juez puede constituirse al lugar de los hechos, pudiendo verificar en tal hipótesis, la detención indebida y ordenar al instante la libertad; y en los otros supuestos distintos a la detención arbitraria (art. 30), el Juez también puede constituirse al lugar de los hechos (cosa que no lo comprendía la Ley 23506 en su art. 18); o citar para que los presuntos agresores expliquen la razón que motiva dicha agresión a la libertad individual (art. 31).

En el trámite del Amparo, el art. 53 del C.P.Const. establece que si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar en audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estimen necesarios. Los mismos aspectos procesales del Amparo pueden

aplicarse en el caso del Hábeas Data, como lo tiene estipulado el art. 65 del Código adjetivo constitucional.

En buena cuenta, si bien tanto en el Código Procesal Civil (art. V del T.P.), como en el Procesal Constitucional existe escriturariamente establecido que se van a regir por el principio de inmediación, el juzgador va a tener que redimensionar y a la vez deslindar dicho principio, según fuere la naturaleza del proceso: Constitucional u ordinario; toda vez que en este último, la inmediación se realiza al hilo de las diversas actuaciones probatorias; en cambio en el primero, como ha anotado Eloy Espinosa-Saldaña “adquiere trascendental relevancia en los procesos constitucionales, procesos en los cuales la naturaleza de lo discutido, y lo complejo que muchas veces significa determinar si son o no fundadas las pretensiones reclamadas, demanda de quienes se desempeñen como juzgadores un especial conocimiento y manejo de los diversos elementos que rodean las controversias llevadas ante sus despachos”⁶².

2.4.1. El principio de inmediación según la doctrina jurisprudencial del TC

El TC ha establecido que este principio “procura que el juez constitucional tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta al mismo”⁶³.

62 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derecho del Administrado. Palestra editores, Lima, 2004, pp. 34-35.

63 STC 2876-2005-PHC/TC, FJ 23.

En lo que atañe al proceso de amparo, el principio de intermediación presupone que el juez, por ejemplo, antes de sentenciar y vinculado a la dirección judicial, solicite informes a las partes o realice la actuación judicial que crea conveniente para afirmar certeza y convicción en lo que va a juzgar. En buena cuenta, con el principio de intermediación “la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que sólo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia”⁶⁴. En este contexto, ha expresado el TC que “es indispensable que el juez canalice ante sí la mayor cantidad de elementos que le permitan arribar a una decisión fundada en derecho, esto es, a concretizar el valor justicia al interior del proceso. A tal efecto, la “democratización del contradictorio” constituye una pieza vital”⁶⁵.

Por otro lado, el TC ha establecido que el derecho a la prueba -que forma parte sustantiva del derecho al debido proceso- tiene en el marco de su contenido constitucionalmente protegido los principios de intermediación, contradicción y publicidad⁶⁶. Es decir, el derecho a la prueba, desde una respectiva constitucional, implica, además de la posibilidad de que los medios probatorios puedan ser conocidos (principio de publicidad) y contradichos (principio

64 STC 6846-2006-PHC/TC, FJ 5.

65 STC 0048-2004-PI/TC, FJ 4.

66 STC 6846-2006-PHC/TC, FJ 5.

de contradicción) por las partes, la obligación de que los mismos sean observados por el juez de manera directa. En este sentido, en la postura asumida por el Tribunal, la intermediación se constituye en un principio procesal de orden fundamental que otorga validez a la actividad procesal desarrollada en el marco del proceso constitucional y, de este modo, se conecta de manera directa con el derecho más genérico al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

La exigencia de un proceso debido, ha dicho por otro lado el TC, vincula también al principio de intermediación con el derecho a ser oído. A este respecto, ha expuesto esta relación en los siguientes términos, los cuales transcribimos a continuación in extenso:

5. Que, en relación al segundo aspecto aludido en el Fundamento N° 3 de esta resolución, esto es, si la no concesión del uso de la palabra en el mismo proceso de cumplimiento, lesiona (o no) el derecho a ser oído; este Tribunal debe, primero, enfatizar que dicho derecho es una posición ius fundamental que integra el derecho de defensa.

Su identificación como tal se deriva de una interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos, prescrita en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Son pertinentes, a ese respecto, el inciso 3 del art. 139 de la Constitución, que reconoce el derecho de defensa, y el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantiza que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Mediante el derecho a ser oído por un juez o tribunal se garantiza que cada una de las partes que participan en un proceso judicial puedan ofrecer, de manera efectiva, sus razones de hecho y de derecho que consideren necesarias para que el juez o tribunal resuelva el caso o la controversia en la que se encuentren participando. Se encuentra comprendido dentro de su contenido constitucionalmente protegido el contradictorio argumentativo, el cual exige que este se lleve a cabo sin que alguna de las partes, por acción u omisión del juez o tribunal, pueda encontrarse en una evidente situación de desventaja respecto de la otra, cualquiera sea la competencia *ratione materiae* del proceso.

La titularidad de dicho derecho corresponde a todas las partes que participan incluso en el seno de un proceso constitucional, de modo que no sólo todos los jueces y tribunales tienen la obligación de no afectarlo, sino de procurar por todos los medios que su ejercicio sea efectivo.

Sin embargo, su ámbito protegido no sólo comporta deberes de abstención o de acción destinados a no afectar la posición *ius fundamental* de las partes en el proceso. También comporta, desde una perspectiva institucional, que los poderes públicos, y entre ellos

particularmente el legislador, establezcan un sistema organizativo y procedimental adecuados para que el principio de inmediación, que subyace detrás de tal derecho, pueda quedar efectivamente garantizado.

No otra es la exigencia que impone el Código Procesal Constitucional sobre los jueces constitucionales cuando, al establecer cuáles son los principios procesales que rigen a los procesos constitucionales, ha establecido que uno de ellos es el principio de inmediación. En efecto, el derecho a ser oído también se titulariza en un proceso como el de cumplimiento al que se refiere el inciso 6 del artículo 200 de la Constitución⁶⁷.

Es bueno aclarar que entre los principios procesales que rodean el amparo, el principio de inmediación tiene que apreciarse en el contexto de las propias y particulares exigencias que caracterizan a los procesos constitucionales. En efecto, la amplitud e intensidad del contenido protegido por el derecho a ser oído no puede ser el mismo en un proceso penal, en un proceso civil o en un proceso constitucional. La calidad de los derechos comprometidos, la finalidad de los procesos, la peculiaridad del contradictorio, la obtención de cierto nivel de certeza en el juez para estar en aptitud de poder resolver eficazmente la controversia, entre otros elementos, son factores que se deberá tener presente para modular sus alcances y exigencias en cada uno de ellos. En este contexto, por ejemplo, la vista de la causa ha sido considerada por el TC, como un acto procesal de especial relevancia en

67 STC 0197-2005-PA/TC, FJ 5.

el proceso constitucional, por lo que, entre otras cosas, ha determinado que el informe oral en el que no haya participado un Magistrado que debe también adoptar la decisión final, debe ser reprogramado o, en todo caso, en aplicación del principio de celeridad, esta diligencia debe ser observada a través de una grabación de video, pero en ningún caso se exime al Magistrado de que conozca el contenido de la referida audiencia⁶⁸.

Finalmente, en su Voto Particular emitido en la STC 0032-2005-PHC/TC, el Magistrado Juan Vergara Gotelli, adentrándose en el origen etimológico de la palabra “sentencia”, que proviene del latín *sententia* y que significa el parecer o juicio subjetivo (sentimiento) que alguien tiene sobre lo bueno y lo malo, sobre lo verdadero o lo falso, ha estimado que el principio de inmediación se constituye en un elemento indispensable en la configuración de toda decisión jurisdiccional, en tanto la intermediación permite al juez el conocimiento del caso no sólo a través de la ciencia del derecho, sino, principalmente, a través del contacto personal con los sujetos intervinientes en el proceso y con los elementos probatorios, lo cual pone en valor también su propia experiencia en la búsqueda de la verdad real y vincula al juez con una decisión fruto de una íntima convicción; es decir una decisión que sea expresión fiel de los sentimientos que el juez albergó a lo largo del proceso⁶⁹.

68 STC 1078-2007-PA/TC, FJ 8-10 del Voto del Magistrado Fernando Calle Hayen.

69 STC 0032-2005-PHC/TC, Fundamento de Voto del Magistrado Juan Francisco Vergara Gotelli.

2.5. *El Principio de Socialización del Proceso*

El art. VI del T.P. del Código Procesal Civil enuncia la socialización del proceso prescribiendo que “El Juez debe evitar que la desigualdad de las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso”. Y, en concordancia con dicha norma, el art. 50 inciso 2 del mismo Código Adjetivo establece que “Son deberes de los Jueces en el proceso, hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que este código les otorga”.

Históricamente, los procesos constitucionales surgen como escudos protectores de lo que George Jellinek denominó “derechos públicos subjetivos”; es decir, como instrumentos de defensa de los derechos fundamentales frente a eventuales violaciones provenientes del Estado. Sin embargo, desde ya hace un buen tiempo, con el progreso material de la sociedad, una nueva categoría de sujetos con gran poder material y económico, como los consorcios, las grandes empresas nacionales y transnacionales, las asociaciones profesionales, entre otros, se han constituido en una nueva fuente de amenaza para los derechos fundamentales de la persona. Es obvio que, ante esta circunstancia y admitiéndose hoy sin hesitaciones la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y, por tanto, la procedencia de los procesos constitucionales frente a particulares; el principio de socialización se concretiza no sólo en la equiparación que hace el juez constitucional del ciudadano frente al Estado, que de por sí va a ser siempre necesaria, sino también en la equiparación, en el marco del proceso constitucional,

del individuo más débil frente a un ente colectivo privado de gran poderío económico. En consecuencia, este principio preconiza el rechazo de fallos que sean el resultado de la influencia del poderoso económicamente o del influyente políticamente. Ningún elemento que no sea el derecho debe servir para inclinar la justicia a favor de uno u otro litigante.

Subyace en el principio de socialización del proceso el parámetro normativo de la propia Constitución que regula la igualdad ante la Ley (art. 2 inciso 2. Sin embargo, esta igualdad es insuficiente. En efecto, anota el profesor Bidart Campos que “La igualdad ante la Ley, entendida como la unidad de una misma Ley para todos los individuos uniformados, es la igualdad injusta, porque rechaza algo que la justicia impone: Trata de modo distinto a quienes son también distintos”. Y anota a renglón seguido el maestro Germán Bidart con agudas y certeras frases: “El trato igual a los desiguales se ha reputado con razón como la suprema injusticia”⁷⁰.

Una identificación más real con el principio de la socialización del proceso ya no sería tanto el principio de la igualdad ante la Ley, que, como se ha visto, bajo su carácter general no logra distinguir realidades y soluciones distintas; en cambio se debe reivindicar con ahínco la igualdad jurídica. Anota Bidart:

“Hablamos de igualdad jurídica, de igualdad en el orden jurídico vigente, y no sólo en la letra de la Ley. Los derechos se tienen, no en la inscripción legal

70 BIDART CAMPOS, Germán J.: Derecho Constitucional. Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional, Vol. II, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 159.

que los reconoce o los consagra, sino en la vigencia que los hace efectivos. De ahí que sea más exacto, más justo también, hablar de igualdad jurídica. En rigor se trata de igualdad constitucional de las personas en el reparto de bienes y males en que consiste la justicia. En el orden de la realidad, la igualdad como consecuencia de la justicia se cumple mediante la prohibición de la arbitrariedad en ese mismo reparto dentro del régimen”⁷¹.

Es en ese contexto que el principio de la socialización de proceso pretende o aspira, en una inexorable postura axiológica, que se democratice el proceso, a fin de que los litigantes tengan las mismas condiciones que no se le debe negar a otro. Es cierto que en estos procesos, a diferencia de los derechos subjetivos privados, donde se controvierten entes privados, en los procesos constitucionales el justiciable esta siempre en condición de inferioridad, porque, de ser cierta la violación o amenaza en torno a algún derecho fundamental, es él quien en su mismidad lo sufre; de allí que el principio de democratización del proceso pretende que el justiciable, no ostente una *cappiti diminuttio*, frente a su contendor, el sujeto emplazado que, cuando no es una autoridad o funcionario, es una empresa, una entidad monopólica u oligárquica, o una persona natural con tal poder que, efectivamente viola o agravia los derechos constitucionales que el actor reclama.

71 BIDART CAMPOS, Germán J.: op. cit., p. 159.

De allí que en la doctrina se habla de una discriminación positiva y negativa y de la cual ya en parte hemos aludido; la discriminación negativa se manifiesta por esas odiosas diferencias de sexo, raza, religión, opinión, etc.; empero, la discriminación positiva envuelve, en rigor, el principio de socialización.

La socialización del proceso tiene su fundamento dentro de los parámetros que establecía Aristóteles respecto a la justicia distributiva, que consiste en el reparto de bienes y cargas de acuerdo con méritos y necesidades de cada uno. Se considera a las personas de modo que la igualdad de la justicia funcione solamente para los iguales en iguales circunstancias. Son injustos los extremos de tratar igual a los desiguales y desiguales a los iguales. Entre estos dos extremos está el justo medio de la justicia general: igualdad de los iguales⁷².

En consecuencia con todo lo expuesto, la igualdad de las partes ante el proceso constitucional, ha de significar que en el proceso, las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa; y por otro lado, que no se puede concebir que se manifiesten procedimientos privilegiados, bien sea que una de las partes sea el Estado a través de uno de sus órganos. Recuérdese que, si hablamos por ejemplo de una acción popular o de un proceso de inconstitucionalidad, el emplazado es el Estado, expresado a través del Poder Legislativo o el Ejecutivo o ambos; o en el caso de los procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad, por lo general el que afecta o agravia algún derecho constitucional es un funcionario o autoridad.

72 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho, 2ª. edición, Ideosa y Temis, Lima-Bogotá, 2001, pp. 630-631.

Para finalizar, este principio también se va a manifestar en toda su concepción ortodoxa en los procesos constitucionales, por cuanto, precisamente se le otorga ciertos derechos o beneficios al justiciable demandante, como es el recurso de agravio constitucional que sólo tiene derecho a interponerlo el actor contra la resolución que le deniega algún derecho constitucional.

2.5.1. El principio de socialización a partir de la doctrina jurisprudencial del TC

Este principio, en palabras del TC consiste “en el deber del juez de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes impidan la consecución de una decisión judicial que sea reflejo cabal de la objetividad del Derecho”. En este sentido, el principio de socialización involucra llevar al proceso la dimensión social del Estado Constitucional que entiende que la igualdad no se concretiza sólo en un reconocimiento formal de los mismos derechos para todos los ciudadanos, sino en la posibilidad fáctica de que los ciudadanos puedan disfrutar de ellos en el plano de la realidad. Así lo entendió el Tribunal, que ha expresado que “el principio de socialización procesal es una de las manifestaciones del tránsito del Estado Liberal hacia el Estado Social, de manera tal que la falacia formalista en virtud de la cual el principio de igualdad solo adquiere plena vigencia con una conducta absolutamente pasiva y contemplativa del Estado, sucumbe ante los principios del constitucionalismo social, según los cuales ante los múltiples factores que pueden situar a las partes en una evidente situación de desigualdad, resulta imperativa la intervención judicial

a efectos de tomar las medidas correctivas que aseguren un proceso justo⁷³.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha relacionado este principio, en el ámbito del proceso constitucional de amparo, con la oportunidad de brindar a los justiciables un adecuado ejercicio de su derecho de defensa. En este sentido, entiende el TC que el hecho de desplazar su sede a distintas ciudades del país para la realización de audiencias públicas, no se fundamenta sólo en una exigencia de descentralización o en el principio de inmediación, sino también, de manera muy especial, en el principio de socialización del proceso, en cuanto este desplazamiento comporta la posibilidad de que todos los ciudadanos, en especial aquellos para los que es más dificultoso el traslado a la ciudad capital, puedan ejercer de manera directa su derecho de defensa a través del informe oral respectivo. Veamos, a continuación, esta postura asumida por el TC:

“7. Y es que el Tribunal Constitucional entiende que parte de su política jurisdiccional comprende el acercamiento real de la justicia constitucional a los ciudadanos. Ello se debe a dos razones fundamentales: primero, al cumplimiento del mandato constitucional de descentralización (artículo 188), en el entendido de que el proceso de descentralización también alcanza a la justicia constitucional, en aras de contribuir al desarrollo integral de la nación, que se fundamenta en el bienestar general y la justicia, según lo establece el art. 44 de la Constitución.

73 STC 0048-2004-PI/TC, FJ 4.

Segundo, al cumplimiento, por un lado, del **principio constitucional procesal de intermediación**, según el cual el juez constitucional debe tener el mayor contacto posible tanto con los sujetos -demandante, demandado, por ejemplo-como con los elementos objetivos del proceso constitucional a resolver; por otro, del principio de economía procesal, el cual no se restringe, en los procesos constitucionales, a la duración del mismo, sino que exige aliviar en la mayor medida posible el esfuerzo de tiempo y de medios económicos que supone desplazarse a la sede del Tribunal Constitucional; y también del principio de socialización de los procesos constitucionales, de conformidad con el art. III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”⁷⁴ (resaltado nuestro).

Por otro lado, atendiendo a la socialización del derecho, el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este principio en el ámbito de un proceso de amparo, donde se exigía al demandante el cumplimiento de un requisito previo de arbitraje antes de la interposición de la demanda, y en el que el Tribunal dejó claramente establecido que dada la circunstancia especial de la enfermedad que padecía el recurrente (neumoconiosis) y de las escasas posibilidades económicas con que contaba para solventar un arbitraje, se debía exonerar al justiciable de dicho requisito de procedibilidad. Lo contrario hubiera supuesto, en palabras del Tribunal, dejar en estado de indefensión al demandante, frente a la poderosa compañía minera que, en dicho caso, era la parte emplazada del proceso; abdicando el Colegiado Constitucional, en aplicación

74 STC 10340-2006-AA/TC, FJ 7-8.

del principio de socialización, de su deber de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes pudieran impedir el derecho al acceso a la justicia del recurrente. Veamos este razonamiento del TC:

“Asimismo, debe señalarse que el arbitraje ha nacido para discutir derechos patrimoniales y no derechos fundamentales, y por ello debe descartarse la excepción de arbitraje. Por otra parte, también debe tenerse presente que, iniciado un proceso de amparo por tutela urgente y efectiva, declarar fundada la excepción de arbitraje conllevaría alargar la solución de un conflicto, lo que podría significar que, cuando este concluya, sea demasiado tarde para el recurrente, pues la neumoconiosis es una enfermedad sin cura hasta el momento (enfermedad degenerativa, irreversible y mortal). Por otra parte, el elevadísimo costo que significa para el demandante la jurisdicción arbitral hace casi imposible la defensa de su derecho fundamental frente a las poderosas compañías mineras y aseguradoras; el amparo es gratuito y sólo así se haría efectiva la tutela procesal efectiva y el **principio de socialización del derecho**, previsto en el art. III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”⁷⁵ (resaltado nuestro).

Por último, el TC ha resaltado la trascendencia social que asumen los procesos constitucionales en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. En efecto, en un modelo de Estado, social y democrático, que procura la integración social y la conciliación de los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, los procesos

75 STC 10063-2006-PA/TC, FJ 120.

constitucionales se erigen en el espacio público por excelencia para la composición de los conflictos sociales y la construcción pacífica de la sociedad plural. En este sentido, para el logro del consenso social y la legitimidad de sus decisiones, el Tribunal ha considerado necesario abrir el proceso constitucional más allá de las partes que originalmente compusieron el litigio y, “socializándolo”, ha permitido la inclusión en el mismo de otros actores que puedan concretizar lo que Peter Häberle ha denominado “la pluralidad de intérpretes de la Constitución”⁷⁶.

Este contenido del principio de socialización que incumbe la participación de diversos actores en el proceso constitucional y que busca la composición justa y consensuada de los conflictos sociales, se observa de manera más patente en los procesos de inconstitucionalidad, en tanto las implicancias sociales y políticas de estos son mucho mayores que en cualquier otro tipo de proceso; sin embargo, ello no obsta para que el proceso de amparo, aunque ajustado ordinariamente a la protección de un interés subjetivo ligado a un derecho fundamental, pueda también lograr la ordenación de ciertos conflictos sociales, en tanto como el Tribunal ha manifestado en reiterada jurisprudencia, el proceso de amparo no solo tiene una dimensión subjetiva, sino también objetiva que se concretiza en la protección de los valores, principios y derechos que la Constitución encarna en cuanto al ordenamiento objetivo⁷⁷; y porque, además, a través de las sentencias con efectos más

76 STC 0048-2004-PI/TC, FJ 1-10.

77 STC 0002-2005-PI/TC, FJ 2; 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC -acumulados-, FJ 16-18; 0023-2005-PI/TC, FJ 11; 4853-2004-AA/TC, FJ 33-34; 0007-2006-PI/TC, FJ 10-11.

allá de las partes, como son la declaración del estado de cosas inconstitucional⁷⁸ y el uso del precedente vinculante⁷⁹, el Tribunal puede lograr la composición de un conflicto social que pueda estar siendo generado por una situación de inconstitucionalidad general en la actuación de los poderes públicos.

2.6. *El Impulso Procesal de Oficio*

El art. III del T.P. del C.P.Const. en su segundo párrafo ha establecido que “El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código”.

Estamos aquí ante las facultades procesales de dirección del cual, dicho enunciado es coherente y guarda armonía con el principio de dirección judicial.

La dirección formal de un proceso constitucional involucra, tanto las facultades de control de la regularidad formal o técnica de los actos procesales, como el deber de impulsar el proceso para que este se desarrolle pasando de una a otra fase del mismo⁸⁰.

La dirección formal no alude al contenido del proceso, ni afecta a la relación jurídico material en él deducida, ni tampoco al fondo; en puridad, afecta al proceso en sí, en su dinámica misma. Entendido así, como explicita Juan Montero Aroca, el tema de la

78 STC 2579-2003-HD/TC, FJ 19.

79 STC 0024-2003-PI/TC; 0047-2004-PI/TC, FJ 32-39; 4853-2004-PA/TC, FJ 22-41; 3741-2004-PA/TC, FJ 36-49.

80 MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: Derecho Jurisdiccional. Parte General, T. I., 2ª. edición, Bosch, Barcelona, 1989, p. 93.

dirección formal del proceso plantea el problema de quien controla el proceso y quien lo debe impulsar haciéndolo avanzar por las etapas preestablecidas.

En consecuencia, se podría aseverar que el principio de impulso de oficio, viene a ser un sub-principio, en tanto es expresión concreta del principio de dirección judicial⁸¹. Todos estos aspectos arriba mencionados, nos llevan a señalar que el impulso de oficio se va a manifestar en una serie de facultades que el Código le confiere al Juez operador intérprete de la norma constitucional, para conducir y hacer avanzar autónomamente el proceso -sin necesidad de intervención de las partes- a fin de lograr la consecución de sus fines⁸².

No obstante el carácter moderno en la que se ubica el Código, al haber incorporado este principio, y donde se establece que va a ser el órgano jurisdiccional el que dicta las resoluciones concretas y específicas para hacer avanzar el proceso sin necesidad de petición de parte⁸³; también es cierto que este principio no es de carácter absoluto, porque en los hechos, no se descarta el rol de los sujetos procesales o, más específicamente, las partes en conflicto; pues son ellos los que plantean una incertidumbre jurídica de naturaleza constitucional y, por ende, los que van a dinamizar y ser los impulsores naturales del proceso⁸⁴.

81 MONROY GÁLVEZ, Juan: Introducción al Proceso Civil. T. I; Temis, Bogotá, 1996, p. 93.

82 MONROY GÁLVEZ, Juan: op. cit., pp. 93.

83 Ibídem, p. 513.

84 Loc. cit., p. 93.

Con todo, siempre queda la esencia y el carácter de los procesos constitucionales en el que será el Juez el que, de oficio, desarrolle las etapas o estadios procesales que, en la naturaleza sumarísima de estos procesos sui generis, no deben tener muchas formalidades como ocurre con el resto de los procesos civiles u ordinarios.

El impulso procesal de oficio que aquí comentamos, no hace más que consagrar la naturaleza o el carácter absolutamente público de estos procesos, cuyos fines atañe a la sociedad en su conjunto; de allí que depositar la dinámica del proceso sólo y exclusivamente a las partes en conflicto resulta más que peligroso, porque entonces los fines ya no serían más que una protección ius-privatista; en cambio, ensamblar como fines la defensa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos humanos comporta la movilización de todo el aparato jurisdiccional del Estado en busca de la protección del orden jurídico fundamental; y en donde el rol del Juez ha de ser la de auctoritas, entendida como saber o verdad socialmente reconocida como superioridad moral, prestigio o dignidad social de la Magistratura, que debe concurrir en el órgano jurisdiccional a fin de que sus decisiones se impongan, no tanto por la mera existencia de un procedimiento de ejecución que las respalda, por cuanto la propia autoridad o prestigio del sujeto del que emanan ⁸⁵.

85 GIMENO SENDRA, Juan Vicente: Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, Acción y Proceso). Civitas, Madrid, 1981, pp. 33.

2.6.1. El principio de impulso de oficio a través de la jurisprudencia del TC

La oficialidad, ha expresado el Tribunal en términos genéricos, se percibe en el derecho público como la responsabilidad de impulsar, dirigir y encauzar cualquier proceso o procedimiento sometido a su competencia funcional, hasta esclarecer y resolver las cuestiones involucradas, aun cuando se trate de casos generados o iniciados por un particular⁸⁶.

En este contexto, el principio de impulso de oficio resulta decisivo en el ámbito de los procesos constitucionales, pues además de la búsqueda de la protección de los derechos fundamentales se busca el resguardo del orden público constitucional, por lo que la exigencia de la oficialidad es de mucho mayor grado que en cualquier otro tipo de proceso sea de orden público o privado.

En este orden de ideas, el TC ha definido el principio de impulso procesal de oficio como aquella obligación impuesta al juez constitucional de continuar el proceso a través de la ejecución de todos los actos que lo conduzcan a prestar tutela jurisdiccional a los justiciables⁸⁷.

Este principio, ha dicho el Tribunal, citando a Pedro de Vega, le impone a los jueces constitucionales una distinta consideración, en el ámbito de los procesos constitucionales, de las formas de acopio de los medios probatorios al que existe en los procesos ordinarios. En un proceso constitucional donde además de la

86 STC 0569-2003-AA/TC, FJ 14.

87 STC 9599-2005-PA/TC, FJ 6.

importante entidad de los derechos subjetivos que se busca proteger se pretende la preservación del orden público constitucional, el juez debe abandonar la posición neutra que el procesalismo clásico le asignó en la dirección del proceso, y dejando de lado el principio de justicia rogada que permitía sólo la incorporación de los medios probatorios aportados por las partes, el juez debe implementar de oficio la actuación de cualquier medio probatorio que coadyuve al descubrimiento de la verdad en el proceso, contemplando el juicio más allá de la visión particular de las partes y dándole un matiz de problema de orden constitucional. Veamos, a continuación este argumento del TC:

“4. Al respecto, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que si bien el Derecho Procesal Constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve -la Constitución-, debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico.

En efecto, siendo la Constitución una Norma Fundamental abierta, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el CPConst, un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional, por lo que el principio de dirección judicial del proceso (art. III del T.P. del C.P.Const.) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses

de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto. Con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor.

Como bien aprecia Pedro de Vega, (...) so pena de traicionarse los objetivos últimos de la justicia constitucional, no se pueden acoplar a ella algunos de los principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario. Piénsese, por ejemplo, en el principio de justicia rogada (*da mihi facta dabo tibi jus*). No se comprendería que a la hora de declarar anticonstitucional una determinada ley, el juez constitucional -y en virtud del principio inquisitivo, contrario al de la justicia rogada- no indagará más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles.

Con relación a lo expuesto, Augusto Morello, citando jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, y tras advertir que respecto de la adecuada administración de justicia, dicha entidad debe actuar como un órgano “interesado”- manifiesta que por más vueltas que demos a las cosas, lo medular de la función de juzgar (...) es la de que el juez esta obligado a buscar la verdad observando las formas sustanciales del juicio, pero sin verse bloqueado por ápices procesales, y realizando los derechos de manera efectiva en las situaciones reales que, en cada caso, se le presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del supuesto en juzgamiento (fallos, 56:428 y 441; 302:1611)⁸⁸.

88 STC 0005-2005-CC/TC, FJ 4-6.

2.7. *La Adecuación de las formalidades al logro de los Fines de los Procesos Constitucionales*

El tercer párrafo del art. III del C.P.Const. establece lo siguiente: “Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”.

Estamos aquí ya no ante un principio procesal *sensu strictu*, cuya finalidad es describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado, sino ante un principio de procedimiento.

Se trata aquí, de que las exigencias que requiere el Código, no deben afectar los fines mismos que persiguen los procesos constitucionales, es decir, no se debe preferir algunos requisitos formales, enervando la esencialidad y la eficacia que aspira el proceso constitucional; esto es, ser el instrumento procesal por antonomasia de la defensa de la Constitución y garantizar la eficacia plena de los Derechos Humanos. Visto así y en perspectiva, este aspecto le corresponde como un deber que el propio Código le impone al Juez constitucional para relativizar las formalidades que no se condicen con un sistema publicístico. En efecto, en el Código se puede y deben exigir determinados presupuestos, formalidades, requisitos que orientan a un sistema privatístico; en cambio, en un sistema publicístico y más aun tratándose de un Código que instrumentaliza sistemáticamente las garantías de la defensa de la Constitución, el Juez deberá relativizar dichas formalidades y exigencias, en miras al norte

claro y concreto por el que existen los procesos constitucionales; esto es, preservar y restablecer los derechos constitucionales y con ello, los principios y valores fundamentales subyacentes en un Estado Constitucional.

Bien mirando así las cosas, el Juez operador intérprete de la Constitución, bien sea en su expresión del Juez ordinario o el Juez del Tribunal Constitucional, ambos deben adecuar; esto es, acomodar -del latín *adquare*- o adaptar las formalidades procesales al thelos del proceso constitucional; en tal situación, incluso se deben sacrificar algunos aspectos del contenido formal con miras a configurar una verdadera tutela judicial efectiva.

En este contexto, compete al Juez hacer una extraordinaria labor a partir de determinados parámetros en su argumentación jurídica. Así, inmerso en la postulación de un proceso constitucional, o en la contestación de la misma, los contendores adjuntarán las pruebas correspondientes, que si bien no son meritadas en actuación de pruebas, le bastará al Juez, al hilo de la justa composición del litigio -demanda y contestación- como diría Carnellutti, apreciar sobre la base de ello, si las pruebas recaudadas y todo lo que allí se afirma expresan una verosimilitud. Al respecto, Piero Calamandrei ha sostenido que todas las pruebas no son más que pruebas de verosimilitud: “Esta afirmación del relativismo procesal, hecha en cuento al proceso civil, puede valer igualmente, no sólo para el proceso penal, sino, aun fuera del campo más directamente procesal, para todo juicio histórico acerca de hechos que se dicen acaecidos: cuando se dice que un hecho es verdadero, se

quiere decir en sustancia que ha logrado, en la conciencia de quien como tal lo juzga, aquel grado máximo de verosimilitud que, en relación a los limitados medios de conocimiento de que el juzgador dispone, basta para darle certeza subjetiva de que aquel hecho ha ocurrido. Hablo, ya se comprende, no de las verdades lógicas o morales, sino de la verdad de los hechos ocurridos, de la verdad llamada histórica, respecto de la cual advertía ya Voltaire que: “Les vérités historiques ne sont que des probabilités”⁸⁹.

Y es que todo proceso constitucional gira en torno a supuestas relaciones de determinados derechos fundamentales, en los casos de la jurisdicción constitucional de la libertad y el Juzgador tan pronto obtenga la verdad deberá tomar una decisión, sacrificando aspectos formales típicos del proceso privado; y definir la tutela judicial efectiva; con ello, en puridad se adecuan ciertas exigencias formales relativizadas por el Juez, ante el fin principio que persigue todo proceso constitucional.

2.7.1. El principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales en la doctrina jurisprudencial del TC

El TC se ha pronunciado prima facie, sobre el principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, definiéndolo como la imposición hecha a la jurisdicción ordinaria y constitucional de exigir el cumplimiento de las

⁸⁹ CALAMANDREI, Piero: Estudios sobre el Proceso Civil. Vol. III. Traducción de Santiago Santís Melendo. Editorial jurídica Europeo-Americana, Buenos Aires, 1962, pp. 317-318.

formalidades sólo si con ello se logra una mejor protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, si tal exigencia comporta la desprotección de los derechos y, por ende, su vulneración irreparable, entonces las formalidades deben adecuarse o, de ser el caso, prescindirse, con el objeto de que los fines de los procesos constitucionales se realicen adecuadamente (principio de elasticidad)⁹⁰.

El sacrificio de las formas en los procesos constitucionales, no significa desde luego, como ha aclarado el TC, que los jueces puedan desconocer de por sí las disposiciones que el Código Procesal Constitucional recoge, sino que estas disposiciones deben ser interpretadas o integradas “desde” y “conforme” a la Constitución, de tal modo que la finalidad sustantiva de los procesos constitucionales resulte optimizada por dicha interpretación y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la defensa del orden público constitucional no quede subordinado al respeto de las formas por las formas⁹¹.

En esta misma lógica, el TC ha establecido que en uso de su potestad de autonomía procesal que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación que le corresponden al Colegiado Constitucional, y siempre que existan lagunas en el orden normativo procesal, puede establecer determinadas reglas procesales de alcance general aplicables para casos similares, con el objeto de perfeccionar el proceso constitucional y alcanzar en el mayor grado posible el logro de sus fines constitucionales que, en el artículo II

90 STC 0266-2002-AA/TC, FJ 7.

91 STC 0005-2005-CC/TC, FJ 7-8.

del Título Preliminar del C.P.Const., se han establecido como el respeto de la supremacía normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales⁹².

Desde una perspectiva más general, el TC ha parangonado el principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales con la posición que ha asumido el Código Procesal Civil en relación al instituto de la nulidad procesal que, a decir del Tribunal no ha recibido un tratamiento meramente formal, sino principista. Así, ha dicho el TC, que la nulidad no esta regulada en el Código como una mera sanción producto del irrespeto de las formas, sino que dicha nulidad se sanciona sólo en tanto y en cuanto el acto procesal viciado de informalidad no cumplió su finalidad; en tanto el Código entiende, siguiendo la moderna concepción del proceso, que las formas procesales constituyen garantía de los derechos sometidos a la decisión jurisdiccional que deben ser respetadas por los sujetos procesales, pero atendiendo a las finalidades del proceso.

En este contexto, tanto el proceso constitucional como el proceso civil se han desvinculado del procesalismo ortodoxo y han asumido una postura finalista del proceso, la misma que, como ha dicho el TC en términos concluyentes: “responde a la necesidad histórica de superar el viejo esquema procedimental que, a través de un tratamiento meramente formalista de determinadas instituciones procesales, específicamente excepciones, apelaciones y nulidades, hizo padecer a

92 STC 1417-2005-AA/TC, FJ 48.

los justiciables un proceso largo, repetitivo, costoso y al fin ineficaz, a tal punto de convertirlo en la “misa jurídica” proscrita por Couture, en la que a decir de Roberto Berizonce (Estudios de Nulidades Procesales, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1980, págs. 18 ss.), el acto procesal valía no tanto por sus fines y consecuencias, sino por el cumplimiento de la forma preestablecida. Precisamente, el mecanismo de nulidad de los actos procesales sirvió esencialmente al *Improbis litigator* en sus afanes sólo de dilación y entorpecimiento frente a la sed de justicia de un pueblo que exige soluciones de fondo, finales y determinantes con autoridad de cosa juzgada”⁹³.

2.8. *La Continuidad del Proceso Constitucional frente a la duda de su conclusión*

En el cuarto párrafo del art. III del T.P. del C.P.Const. se establece que: “Cuando en un proceso constitucional se presenta una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuidad”.

Salvando el poder de iniciativa de las partes en el proceso constitucional; una vez iniciado, este debe seguir su curso marcado en el Código Procesal Constitucional, de oficio y bajo el control directo del Juez, sin necesidad de instancia de parte para pasar de uno a otro estadio procesal. Ahora bien, el hecho de estar ordenado el proceso constitucional en unidades de tiempo computados en plazos, supone que cada actuación procesal habrá de ser realizada dentro del tiempo señalado al efecto, bajo el riesgo de no poder

93 STC 0048-2004-PI/TC, FJ 7.

ser realizada con posterioridad. Esto es, los plazos procesales propiamente dichos, abren expectativas y oportunidades, cuyo transcurso es fatal⁹⁴; por ejemplo en el caso de la prescripción en el amparo (art. 44); o en los procesos de inconstitucionalidad (art. 100); o en la acción popular (art. 87).

Sin embargo, puede presentarse en la dinámica del proceso central ciertas dudas razonables que habiliten al Juez dar por terminado dicho proceso. Ante tal situación, el Juez o el Tribunal, según donde se ventile el proceso y sea esta de la jurisdicción constitucional de la libertad o de la orgánica; se debe optar por aplicar el criterio o estandar hermenéutico de que, en caso de duda, se prefiere la continuidad del proceso; esto es, este principio o fórmula establecida en el art. III del T.P. del C.P.Const. es, en rigor, una forma positivizada en este caso del principio *pro homine libertatis* como criterio de la interpretación de los derechos fundamentales.

Y no podía ser de otra manera el texto objeto de comentario; puesto que al existir un proceso de amparo o de inconstitucionalidad, se supone que quien postuló una pretensión es el afectado y si se pretende concluir el proceso quien habrá de salir victorioso es el presunto agresor; ante tal situación, es lógico que se debe preferir la continuación del proceso, hasta que este llegue a su destino final; esto es, hasta la resolución final que defina si existió o no un agravio que retrotraiga las cosas al estado primigenio de disfrute de los derechos constitucionales afectados. Subyace aquí pues, el

94 RAMOS MÉNDEZ, Francisco: Derecho Procesal Civil. T. I, 5ª. edición. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 337.

principio de la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

2.8.1. El principio de favorecimiento del proceso o pro actione en la jurisprudencia del TC

Uno de los principios que ha revestido especial importancia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que ha sido concretizado en diversos casos con el objeto de permitir una mayor protección, a nivel sustantivo, de los derechos fundamentales, en tanto el Tribunal ha entendido, adoptando la tesis de Peter Häberle sobre la naturaleza del Derecho Procesal Constitucional⁹⁵, que los procesos constitucionales son derecho constitucional concretizado⁹⁶, es el principio de

95 HÄBERLE, Peter: “El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional Concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional Alemán”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 1, México, 2004, pp. 15-44.

96 En efecto, en la STC 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC Resolución en el FJ 15, el TC ha establecido lo siguiente: “Que el Derecho Procesal Constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve -la Constitución- debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico. Es desde esta comprensión que el Tribunal Constitucional alemán ha destacado la ‘particularidad del proceso constitucional’. Significa ello que el Derecho Procesal Constitucional ‘(...) implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales’. En este contexto, en consecuencia, el C.P.Const. tiene que ser entendido como un ‘derecho constitucional concretizado’. Esto es, al servicio de la ‘concretización’ de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada. Por tal razón, esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme [a] una ‘interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales’, una interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución (...). Se trata, en definitiva, de una interpretación teleológica de la norma procesal constitucional orientada a la concretización y optimización de los mencionados principios constitucionales materiales”.

favorecimiento del proceso o pro actione⁹⁷. Este principio ha sido definido por el Tribunal, en este contexto, como la imposición hecha a los jueces constitucionales de interpretar los requisitos y presupuestos procesales de los procesos constitucionales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción⁹⁸.

Por otro lado, el TC ha considerado el principio pro actione como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la justicia y con este del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, el contenido esencial del derecho de acceso a la justicia contiene dos exigencias de carácter constitucional: la primera, dirigida al legislador, en el sentido que la regulación de los requisitos de procedencia de los procesos constitucionales debe ser efectuada dentro de los márgenes de la razonabilidad y la proporcionalidad⁹⁹ y la segunda, dirigida a los jueces, en el sentido de que, en todo caso, la interpretación de dichos requisitos de procedibilidad debe ser efectuada siempre, de manera que más favorezca la jurisdicción. Veamos del propio texto de su fallo, esta posición del TC:

97 CARPIO MARCOS, Edgar: La interpretación de los derechos fundamentales, Palestra, Lima, 2004, p. 28.

98 STC 2286-2005-PA/TC, FJ 4.

99 Vid. BERNAL PULIDO, Carlos: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Prólogo de José Luis Cascajo Castro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 75 y ss.; LOPERA MESA, Gloria Patricia: El principio de proporcionalidad y la ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 45 y ss.; AGUADO CORREA, Teresa: El principio de proporcionalidad en Derecho Penal, EDESA, Madrid, 1999.

“6. En la STC 2763-2002-AA/TC, este Tribunal señaló que el derecho de acceso a la justicia tiene base constitucional, puesto que se trata de un contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, este último reconocido en el inciso 3 del art. 139 de la Constitución.

Como tal, garantiza que un particular tenga la posibilidad, real y efectiva de acudir al juez, como tercero imparcial e independiente, con el objeto de encargarle la determinación de sus derechos y obligaciones de orden laboral.

Evidentemente, como sucede con todo derecho fundamental, también el de acceso a la justicia es un derecho que puede ser limitado. Sin embargo, cualesquiera que sean las restricciones o límites que se establezcan, la validez de estos depende de que no obstaculicen, impidan o disuadan irrazonablemente el acceso del particular a un tribunal de justicia.

Uno de los medios por virtud de los cuales dicho derecho se restringe en materia de acceso a la justicia, es el establecimiento de plazos, más o menos extensos, transcurrido el cual no es posible obtener una decisión sobre el fondo del tribunal competente.

Como es obvio, su fijación es una tarea que, en principio, la Constitución ha reservado al legislador ordinario, exigiendo de él la necesidad de respetar su contenido esencial y, además, que la restricción misma satisfaga los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Pero así como el legislador se encuentra vinculado por el derecho, in suo ordine, también lo están los

órganos jurisdiccionales. De ellos el contenido constitucionalmente protegido del derecho exige que los límites establecidos legislativamente deban interpretarse de manera restrictiva, bajo los alcances del principio *pro actione*, y no de manera extensiva. Se exige así del juez o Magistrado judicial que las condiciones y limitaciones del derecho de acceder a la justicia sean comprendidas de manera tal que, frente a un caso de duda, ya sea por la existencia de dos disposiciones o, en una disposición, por la existencia de dos formas posibles de ser comprendidas, se opte por aquella disposición o norma que de mejor forma optimice el ejercicio del derecho fundamental”¹⁰⁰.

100 STC 2070-2003-AA/TC, FJ 6.

III

EPÍLOGO

Al momento en que se escribió este trabajo, no existía ningún otro Código de esta naturaleza; sin embargo, en años recientes, la jurisdicción constitucional de Bolivia se vio cubierta con el tratamiento de una nueva normatividad a través de la Ley 254 de 5 de junio de 2012, identificada como un flamante Código Procesal Constitucional. En efecto, esta nueva normatividad se suma a la del Perú y es más que probable que en lo sucesivo, diversas jurisdicciones constitucionales de Latinoamérica empiecen a regular en términos sistemáticos, a través de un Corpus Iuris, que regule los diversos procesos constitucionales, tanto de la libertad como de los controles orgánicos al poder político. Por ahora, no cabe hacer un balance en torno a la normatividad procesal del Estado Plurinacional de Bolivia; y, a la larga, más que las virtudes o bondades de un Código intrasistemáticamente coherente, las virtudes van a estar supeditadas a sus operadores intérpretes, más que a la normatividad procesal in abstracto. Con todo, el proyecto del Estado Plurinacional Boliviano, se constituye una normatividad de avanzada y sólo corresponde darle tiempo al tiempo para que su Tribunal Constitucional Plurinacional empiece a dinamizar una jurisprudencia acorde a los tiempos de la posmodernidad y al reclamo de sus justiciables.

Esperamos que así como Bolivia, la dispersa legislación procesal que existe en América Latina, empiece a reorientarse, no solo a través del diálogo jurisdiccional horizontal (de Corte a

Corte), sino también el vertical (de Corte IDH a Tribunales Constitucionales locales). Todo ello con miras a consolidar un *ius constitutionale commune* latinoamericano.

Lima, 22 de agosto de 2018

UNA PROBLEMÁTICA NO RESUELTA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA ¿TIENEN AUTONOMÍA PROCESAL LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES?¹

Por: Gerardo Eto Cruz^{2}*

1. Introducción

El 20 de octubre del presente año se cumplen 91 años de presencia en el mundo de los Tribunales Constitucionales, inspirados por el genio y figura de Hans Kelsen, a través de su criatura predilecta: la

1 * La primera versión de estas reflexiones se publicó en Parlamento, Constitución y Justicia Constitucional, Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, 2010. Luego ha sido ampliada y revisada, siendo expuesta en Bolivia, Argentina, Colombia, Guatemala, República Dominicana y finalmente Brasil (Conferencia impartida con motivo del II Congreso de la Conferencia mundial de la Justicia Constitucional, organizado por Tribunal Supremo Federal de Brasil y la Comisión de Venecia, realizado en la ciudad de Río de Janeiro, entre el 16 y 18 de enero de 2011). Última versión corregida para el Primer Congreso Paraguayo de Derecho Procesal Constitucional, realizado en la ciudad de Encarnación, departamento de Itapúa, República de Paraguay, los días 3, 4 y 5 de septiembre de 2014. Recientemente, se desarrolló la conferencia magistral en Oaxaca, en el marco del VII Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional, organizado por la Universidad Autónoma Benito Juárez, entre los días 24 al 27 de noviembre de 2015; la conferencia se tituló: "Cinco problemas contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional". Y la más reciente es la del Congreso en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia en octubre de 2018.

2 * Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Teoría Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Teoría General de los Derechos Humanos en las Universidades Nacional de Trujillo, Universidad de San Martín de Porres y la Academia de la Magistratura. Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú y Ex Director del Centro de Estudios Constitucionales.

Alta Corte Constitucional de Austria. Es decir, habría cerca de 91 años de desarrollo del Derecho Procesal Constitucional frente a su similar, esto es, el derecho procesal ortodoxo o clásico, que tiene dos mil años o el equivalente a la presencia de Cristo en el reino de este mundo.

Hay que observar el parangón. El Perú también tiene de historia republicana la misma edad del Poder Judicial; en cambio, el Tribunal Constitucional, que tiene su precedente en el Tribunal de Garantías Constitucionales, no pasa de tener en la actualidad aproximadamente 28 años de presencia.

En ese contexto, hay una serie de temas convulsionados, temas en los que nos movemos en terrenos movedizos, y uno de ellos es el que da origen a la siguiente interrogante: ¿Existe autonomía procesal en los Tribunales Constitucionales? Este es el tema que motiva la presente exposición.

Aclaro de antemano que quienes, por un lado, estén en el pellejo -valga la expresión- de los Magistrados del Tribunal Constitucional, obviamente van a afirmar la posición de que sí existiría autonomía procesal en los Tribunales Constitucionales. Pero, por otro lado, quienes probablemente no estén en la condición de Magistrados del Tribunal Constitucional, sostendrán lo contrario, afirmando que no existe tal autonomía procesal y que lo que vienen realizando los Tribunales Constitucionales realmente es usurpar ámbitos competenciales que le corresponden, por ejemplo, al Poder Judicial o al legislador, entre otros aspectos.

Entonces, nos vamos a tomar la licencia de desarrollar, en primer lugar, el presente tema, esto es, el concepto de autonomía procesal. De antemano, tenemos que hurgar un poco en el derecho comparado.

En Alemania, el Bundesverfassungsgericht -es decir, el Tribunal Constitucional Federal alemán- planteaba la tesis de que los miembros del Tribunal Constitucional Federal Alemán podían desarrollar creaciones y figuras procesales distintas a lo que denotaba la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Alemán. Entonces, la pregunta que uno se plantea es la siguiente: ¿tienen, en rigor, los Tribunales Constitucionales esta presunta autonomía?

2. Noción de Autonomía Procesal

En primer lugar, ¿qué se entiende por autonomía procesal? Entre otras definiciones, por este término puede entenderse “aquella potestad discrecional que tienen los Tribunales Constitucionales para crear figuras procesales y procedimentales distintas o interpretativas de lo que en este caso es el Código Procesal Constitucional, o de la legislación procesal constitucional de cada país”.

En lo personal, encuentro que habría dos vertientes de autonomía procesal. Para mí, en primer lugar, hay una vertiente que podríamos denominar autonomía procesal delegada o interpretativa; y, en segundo lugar, hay una autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa.

La primera es pacífica, no opinable, no es un terreno comanche, convulsionado o minado, se puede transitar con holgura, se puede navegar en calado profundo, sin mucho cuestionamiento. Pero, cuando hablamos de autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa, estamos ante un mar proceloso y de mucho cuidado.

2.1. Autonomía Procesal delegada o interpretativa

¿Qué se entiende por autonomía procesal delegada o interpretativa? se entiende por tal la interpretación y desarrollo de aquellas instituciones y reglas procesales que existen en el Código Procesal Constitucional, pero que el intérprete, el Tribunal Constitucional, ha venido enderezándolas, realizando algún tipo de interpretación, dotándoles una dimensión dinámica de acuerdo más o menos a lo que la legislación procesal le confiere. Ya veremos para más adelante los casos que podríamos tener en esta variante. Pero esa es una interpretación que no es autónoma del Tribunal, sino que surge de la propia legislación procesal positiva, y a eso le denominamos autonomía procesal delegada, porque el propio Código Procesal Constitucional lo prescribe y el Tribunal Constitucional, intérprete supremo, lo dinamiza, lo concretiza.

2.2. Autonomía Procesal autárquica o cuasi legislativa

Sin embargo, hay que señalar que la autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa es una autonomía en donde el Tribunal Constitucional crea, recrea e innova figuras procesales a través de su jurisprudencia,

muchas veces contra legem, en oposición frontal contra lo que dice el Código Procesal Constitucional -ya veremos los casos- o contra lo que puede decir el propio testamento histórico del poder constituyente, como es la Constitución; situación que ha llevado a que algunos críticos califiquen a los miembros del Tribunal Constitucional como una “banda de facciosos”. Con todo, esta sería la autonomía procesal autárquica, la que dimana de lo que el Tribunal establece exclusiva y excluyentemente, prescindiendo de la legislación procesal constitucional.

3. Críticas a la Autonomía Procesal

¿Qué críticas se le ha endilgado a esta figura? precisemos dos. Una es la vulneración del orden legal; las normas procesales son normas de orden público. Es decir, si el Código Procesal Constitucional establece las reglas procesales de todos los procesos constitucionales -esto es, hábeas corpus, amparo, hábeas data, proceso de incumplimiento, proceso de inconstitucionalidad, conflicto competencial-, el Tribunal no puede ir contra las reglas procesales que el legislador democrático le ha configurado. Y las reglas procesales son de orden público e incluso el Tribunal Constitucional esta obligado a cumplirlas.

La otra crítica esta referida a la autonomía como autarquía, es decir, si hay una autonomía como autarquía, habría una suerte de “dictadura constitucional” de un colegiado. Es decir, el Tribunal Constitucional en el Perú -y en todos los países que forman parte de este modelo llamado modelo concentrado europeo o modelo austriaco o modelo kelseniano-, y los miembros que lo

conforman, el colegiado constitucional, realmente sería un órgano que impondría una dictadura, y eso no se condice con el tema de la seguridad jurídica. Esas son las críticas brevísimas, sintetizadas, del estado de la cuestión.

En ese marco situacional es que, en Alemania, donde surge la figura de la autonomía procesal, los mismos Magistrados que integran el Tribunal Constitucional, a lo largo de una serie de fallos, han planteado que habría ciertos límites a esta autonomía procesal.

4. Límites a la Autonomía Procesal

Uno de esos límites, en primer lugar, es el principio de corrección funcional, lo cual significa que el propio Tribunal Constitucional tiene que autolimitarse en la medida en que es el intérprete supremo. El Tribunal Constitucional debe establecer sus propias reglas de autolimitación y no generar una suerte de autonomía autárquica.

En segundo lugar, el otro límite está referido al principio de la proscripción de la arbitrariedad, es decir, no puede haber ningún órgano exento del control de, entre otras cosas, la arbitrariedad. El propio Tribunal Constitucional ha dicho: “No hay ningún órgano que esté fuera del control de la constitucionalidad, y cualquier tipo de exceso tiene que interdictarse”; tiene que proscribirse la arbitrariedad, por lo tanto, el Tribunal Constitucional, también se incluye y, ergo, no puede estar generando arbitrariedades al hilo de la autonomía que él tiene.

En tercer lugar, tenemos el principio de la seguridad jurídica, que es otro límite; es decir, si hay un orden jurídico, un sistema de fuentes, que son fuentes positivas -esto es, la Constitución, las leyes, las normas infralegales, además de la propia jurisprudencia-, el Tribunal Constitucional no puede estar cambiando permanentemente y afectando lo que se llama la predictibilidad, porque la seguridad jurídica, entre otros temas, presupone predictibilidad. La seguridad es la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en los justiciables y en los ciudadanos sobre lo que es el Derecho en cada momento y sobre lo que posiblemente será en el futuro.

Y, finalmente, el cuarto rubro corresponde al principio de máxima protección de los derechos fundamentales, lo cual significa que, bajo el manto de la autonomía procesal, siempre se tiene que afirmar aquel norte insoslayable que esta consignado en el art. 2 y del C.P.Const., que afirma la vigencia efectiva de los derechos humanos y la supremacía constitucional, entre otros temas.

5. Breve brochazo panorámico a la Autonomía Procesal a nivel comparado

Para poder entender mejor el asunto, recorramos más bien un poco la cortina, abramos la ventana y oxigenemos cómo han ocurrido las creaciones de figuras procesales a nivel comparativo, en el marco de la autonomía procesal. Vamos a dar un brochazo panorámico a la autonomía procesal a nivel comparado.

a) *La creación de la **judicial review** y el caso *Marbury vs. Madison**

En la *judicial review*, por ejemplo, en el famoso caso *Marbury vs. Madison*. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América ejercitó y ha ejercitado la figura de la autonomía procesal. Veamos. En 1803, se dictó una famosa sentencia, que fue elaborada por el juez John Marshall. Él planteó una figura que no existía en la Constitución, que no estaba prevista: creó la figura del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, pues la Constitución norteamericana de 1787 no decía que ella estaba en superior jerarquía que las demás. Estaba como principio ínsito y nada más. En consecuencia, propuso la figura siguiente respecto al caso llamado *Marbury vs. Madison*.

En un litigio concreto, si un juez encuentra que una ley no guarda compatibilidad con la Constitución, el juez desaplica la ley y prefiere la Constitución. Esa fue una revolución copernicana. Sobre esa figura revolucionaria del juez John Marshall, se ha derramado ríos de tinta en los dos siglos y seis años que ha cumplido ese caso. Aquí se tiene una figura de creación de autonomía procesal y, a partir de ese punto, habría que configurar el modelo americano o difuso o con efectos inter partes.

b) *La introducción del amparo en Argentina*

Otra figura de creación de autonomía procesal es la introducción del amparo en Argentina.

Existieron algunos casos que fueron emblemáticos, como el de Samuel Cox o el de Ángel Siri. En Argentina, no existía el amparo hasta la década del sesenta; existía el hábeas corpus. Pero ¿qué ocurre? Los jueces de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, al hilo de una jurisprudencia, empezaron a crear la figura y a reconocer que el hábeas corpus habría de redimensionarse en una figura homóloga, que es el amparo, para la tutela de cualquier tipo de derecho constitucional, porque el hábeas corpus sirve exclusivamente para la tutela de la libertad individual. Argentina tenía el hábeas corpus, pero no tenía el amparo. Entonces, en la Argentina, por una creación pretoriana -entiéndase, por el juez- y no por el legislador democrático, se creó esa jurisprudencia y, a partir de ese momento, se reconoció la figura del amparo en Argentina. Y, tiempo después, vendría el legislador a desarrollarla ya en el nivel positivo.

c) La creación del bloque de constitucionalidad por el Consejo Constitucional francés

Otra figura es la creación del bloque de constitucionalidad por el Consejo Constitucional francés. El Tribunal Constitucional francés, que en dicho país se llama Consejo Constitucional, creó una figura que hoy forma parte del pensamiento continental europeo: El bloque de constitucionalidad. Soy consciente de que, entre el público, hay muchas personas que son ciudadanos comunes y corrientes, por lo tanto, voy a explicar dicho concepto en términos muy sencillos. El bloque de constitucionalidad significa que si la Constitución es la que tiene, en términos kelsenianos, la máxima jerarquía y no puede haber otra norma que compita en esa jerarquía más que

la Constitución, entonces, el Consejo Constitucional francés crea la figura de que habrían otras normas que se incorporan en ese mismo rango de jerarquía y, en este caso, crea la figura del bloque de constitucionalidad y dice lo siguiente: “La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1787 -esa Declaración decimonónica, producto de la Revolución Francesa-, ese documento histórico, se va a incorporar al rango constitucional”. El Preámbulo de la anterior Constitución a la de 1958, también se va a incorporar como rango constitucional. Entonces, ese bloque significará un “conjunto de normas de referencia” que tendrán el mismo rango en jerarquía que la Constitución, para efectos prácticos, porque cuando el legislador produce una ley y luego alguien plantea una demanda contra esa ley, el Consejo Constitucional no sólo analiza si esa ley compatibiliza con la Constitución, sino también extiende su compatibilidad, en este caso, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, con el referido preámbulo y con otra ley que tiene ese mismo rango de jerarquía.

Para nosotros, el Tribunal Constitucional peruano también ha creado o, en todo caso, ha reconocido tácitamente la figura del bloque de constitucionalidad, pero en este caso solo controla de la siguiente manera: Constitución más leyes orgánicas.

Si las leyes orgánicas son leyes sui géneris, que requieren una mayoría cualificada de votos, puede que haya una ley ordinaria que no viole la Constitución ni por la forma ni por el fondo, pero esa ley ordinaria sí puede chocar contra una ley orgánica, es decir, puede haber una ley ordinaria contra una ley orgánica. Por

lo tanto, se podría declarar inconstitucional por la figura del bloque de constitucionalidad, porque esa ley orgánica se incorpora como una ley que desarrolla un órgano de la Constitución. El TC peruano justamente basándose en el art. 79 del C.P.Const. asimila esta doctrina científica, sobre todo para el caso de las demandas de inconstitucionalidad.

d) *El desarrollo de las tipologías de sentencias interpretativas por la Corte Constitucional italiana*

Otra figura es el desarrollo de la tipología de sentencias interpretativas por la Corte Constitucional italiana. Normalmente los Tribunales Constitucionales declaran inconstitucional las leyes si es que hay que declararlas, y si no las declaran, simplemente, las declaran desestimativas y, al declararse así, se reputa constitucional esa ley. Pero ¿qué ocurre? sucede que en Italia, bajo el influjo primigenio de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América, se crean sentencias distintas a las sentencias estimativas o desestimativas. Es decir, las sentencias típicas eran sentencias que declaraban o no inconstitucional; a eso se denomina sentencias típicas. Pero, en Italia, empieza a crearse una figura que se llama sentencias atípicas, en donde el intérprete supremo, esto es, la Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, prefiere no declarar inconstitucional la ley, porque, si la declara inconstitucional, el remedio puede ser peor que la enfermedad y se generarían gruesas afectaciones a la seguridad jurídica y, por lo tanto, decide utilizar mejor otra técnica, llamada sentencias interpretativas. Si el legislador dijo que la ley A es B, el intérprete supremo

trata de hacer una interpretación en conformidad con la Constitución y dice, si el legislador dijo que A es B, de ahora en adelante, este intérprete dice que esta ley debe entenderse que A es C, porque C es una interpretación que se acomoda a la Constitución. Entonces, a eso se le denomina sentencias interpretativas y, a partir de ahí, hay varias figuras, como son las sentencias interpretativas en sentido estricto, las sentencias interpretativas manipulativas, las sentencias aditivas o las sentencias exhortativas, entre otras.

En el Tribunal Constitucional, estamos lidiando desde hace algún tiempo -y, por si acaso advierto, pues esta presente el Presidente del Congreso, que estoy “agarrando carne” al tocar este asunto- para ver si en algún momento, al hilo de una autonomía procesal, se crea definitivamente la figura -seguramente se molestarán los congresistas- de la inconstitucionalidad por omisión, en todo caso, lo veremos, aunque podría aquí esbozarlo. No solo se comete una inconstitucionalidad cuando el legislador produce una ley y esa ley es contraria a la Constitución, sino que también puede darse una figura de inconstitucionalidad cuando la Constitución establece un programa de paquetes legislativos que deben desarrollarse por el legislador, y el legislador acusa un ocio en no desarrollar una cláusula que la propia Constitución proclama que debe implementarse. Es decir, el testamento del poder constituyente dijo “estas cláusulas que requieren leyes se llaman cláusulas programáticas”, y estas cláusulas, para que tengan vigencia, eficacia y puedan tener facticidad, es necesario que se dicte tal o cual ley. Si

el legislador no la dicta, se generará una figura que se llama inconstitucionalidad por omisión.

Recuerdo que la Constitución de 1979, por ejemplo, decía en el art. 11 que la familia que no disponía de medios económicos suficientes, tenía derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente y en cementerios públicos. Luego salió una ley que desarrollaba esa figura, pero la trampa de la ley siempre está en las disposiciones transitorias o finales. Y en esta ley se decía: “Para que esta ley tenga vigencia es necesario que se reglamente” y, hasta la fecha, nunca se ha reglamentado porque derivó a que las municipalidades cubran esos gastos. Por eso es que muchos académicos plantean la tesis de que las Constituciones no deben establecer muchas expectativas de desarrollo de programas de orden social y económico, porque no se van a cumplir. Por ese motivo, la figura de inconstitucionalidad por omisión reincide básicamente en los derechos económicos, sociales y culturales, porque significa egreso económico, dinero que debe poner el Estado para que se implemente.

e) *La creación del estado de cosas inconstitucionales por la Corte Constitucional de Colombia*

Siguiendo con el tema de la presente exposición, la autonomía procesal, tenemos otra figura que es la creación del estado de cosas inconstitucionales. Esa es otra preciosa figura que el Tribunal Constitucional peruano también ha incorporado. Esa creación viene de la Corte Constitucional de Colombia. ¿En qué consiste? Supongamos que un ciudadano plantea un

proceso de amparo. Hubo un caso -no daré nombres, pero solo mencionaré que el caso vino de Chiclayo- un hábeas data que planteaba una jueza contra el Consejo Nacional de la Magistratura. Ella se sometió al proceso de ratificación ante el Consejo Nacional de la Magistratura y no la ratificaron. Cabe aclarar que los Magistrados son objeto de ratificación cada siete años. Le tomaron el examen y la señora dio corte de rabo y oreja; la absolucón de preguntas que hizo fue impecable, así como su desenvoltura en el tema, pero, al finalizar la evaluación, la jueza no aprobó y el Consejo Nacional de la Magistratura decidió que no la ratificaría. Entonces, ella pidió el vídeo en donde estaba filmado todo el desarrollo de su entrevista y el Consejo Nacional de la Magistratura dijo: “Bueno, aquí no estamos obligados a dárselo”. Esta señora planteó el requerimiento y el Consejo Nacional de la Magistratura no cumplió con ella. Al final, interpone un hábeas data, que mediante recurso de agravio constitucional llega al Tribunal Constitucional. El Tribunal dijo al respecto: “Bueno, si esta persona tiene ese problema, tiene derecho a saber, porque es un tema sensible y que le atañe”. Pero, casos como este van a haber muchos, sobre todo de aquellos Magistrados cuyos requerimientos van a ser denegados.

Entonces, a partir de un caso concreto, se declara el estado de cosa inconstitucional y, a partir de una sola sentencia, esta tendrá efectos que trascienden a las partes. Porque normalmente las partes son las que se benefician en un proceso, y solo ellas, y no pueden beneficiarse terceras personas. Pero, en este caso, se crea revolucionariamente esta figura y habrá la declaración

del estado y cosas inconstitucionales con efectos que van más allá de las partes. Si bien la sentencia se dicta al hilo de un solo caso, tendrá un efecto dominó para todas las personas que tengan análogamente el mismo caso y ya no tendrán por qué estar planteando otro proceso, que en este caso fue de hábeas data.

Son figuras que los Tribunales Constitucionales han venido creando a lo largo de la vitrina comparativa.

6. El Tribunal Constitucional peruano y la utilización de la autonomía procesal

Hablemos del caso peruano, y dado que se avecina la creación de un Tribunal Constitucional en la República Dominicana, ¿cómo ha venido utilizando el Tribunal Constitucional peruano la figura de la autonomía procesal? Recuérdese que he hecho una distinción entre la autonomía procesal delegada o interpretativa y la autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa.

6.1. La aplicación de la autonomía procesal delegada o interpretativa

6.1.1. Tipología de las sentencias interpretativas

Quiero recoger un pequeño manojito de sentencias interpretativas que dictó el Tribunal Constitucional al hilo de una sentencia, la STC 0010-2002-AI/TC; se trató de una legislación que declaró inconstitucionales muchas normas antiterroristas. El 3 de enero de 2003, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia extraordinaria donde incorporaba las figuras de las sentencias interpretativas, sentencias aditivas,

sentencias exhortativas, etcétera. Dicha tipología fue afinada en la posterior STC 0004-2004-AI/TC, donde se establecieron los siguientes tipos de sentencias:

- A) Las sentencias estimativas: Son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica es la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. Estas sentencias, a su vez, pueden ser:
1. Las sentencias de simple anulación: En este caso el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto.
 2. Las sentencias interpretativas propiamente dichas: En este caso el órgano de control constitucional declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado “normas nuevas”, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.
 3. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas): En este caso el órgano de control

constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. Su emisión se justifica en el principio de conservación de la ley, de interpretación conforme a la Constitución, y en la función pacificadora y de colaboración de poderes del Tribunal Constitucional. Existe una pluralidad de sentencias manipulativo-interpretativas; a saber:

- 3.1 Las sentencias reductoras: Son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada. En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada.
- 3.2. Las sentencias aditivas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En ese contexto procede a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción rónica presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar. Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de

igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia esta consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada.

- 3.3. Las sentencias sustitutivas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.
- 3.4. Las sentencias exhortativas: Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales. En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio setentiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Debe señalarse que la exhortación puede concluir por alguna de las tres vías siguientes:

- Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- Conclusión in totum de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se da cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.
- Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

3.5. Las sentencias estipulativas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

B) Las sentencias desestimativas: Son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos

sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

1. La desestimación por rechazo simple: En este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.
2. La desestimación por sentido interpretativo (interpretación strictu sensu). En este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que este considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

Entonces, ahí tenemos un ejemplo de la manera como el Tribunal Constitucional peruano empieza a desarrollar una autonomía procesal, pero que no es cuasi legislativa, sino que la interpreta de acuerdo a lo que el propio Código Procesal Constitucional le faculta.

6.1.2. Las reglas para la adecuación de los procesos de amparo a procesos contencioso-administrativos en materia previsional

Luego tenemos otra figura, que es el establecimiento de reglas para el reencauzamiento de los procesos de amparo a los procesos contencioso-administrativos. Fue aquella célebre sentencia, la

STC 1417-2005-AA/TC, que estableció una serie de reglas procesales y procedimentales. Cuando alguien planteaba un amparo y se trataba de derechos pensionarios, el Tribunal decía: “Hay derechos fundamentales de configuración constitucional y derechos fundamentales de configuración legal”. Cuando se trata de derechos fundamentales de configuración legal y tiene que haber actuación probatoria, etc., no deben transitar el amparo; debe irse inmediatamente al proceso contencioso. Así, estableció que el amparo procedía sólo cuando se afectara el contenido esencial o constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, lo cual incluía, a decir del Tribunal, los siguientes supuestos:

- a) Las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.
- b) Las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida

- y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.
- c) Las pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un “mínimo vital”. En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.
 - d) Asimismo, aún cuando, prima facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.
 - e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el

proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

Eso quiso decir que el juez debió declarar improcedentes los miles de procesos de amparo que en esos momentos estaban en giro y derivarlos inmediatamente a mesa de partes para que pasen al proceso contencioso-administrativo. En concreto, las reglas procesales dictadas por el TC para la adecuación de los procesos de amparo fueron las siguientes:

- a) Las demandas de amparo en trámite que sean declaradas improcedentes, deberán ser remitidas al juzgado de origen (Juez Civil encargado de merituar el proceso de amparo en primera instancia), quién deberá remitir el expediente judicial al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (en los lugares en los que estos existan) o deberá avocarse al conocimiento del proceso (en los lugares en los que no existan Jueces Especializados en lo Contencioso Administrativo).
- b) Una vez que el Juez competente del proceso contencioso administrativo se avoque al conocimiento de la causa, deberá entenderse como presentada y admitida la demanda contencioso administrativa, y, en aplicación del principio de suplencia previsto en el inciso 4 del art. 2 de la Ley 27584, se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo. Transcurrido dicho plazo sin que

el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

- c) Por otra parte, en aplicación del principio pro actione, en los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la Administración contradiga la pretensión del recurrente, el Juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa.
- d) Por el contrario, los expedientes de amparo en los que no sea posible verificar si la administración se ha o no ratificado en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales, no serán remitidos al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo, pues dado que en estos supuestos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa prevista en el artículo 18° de la Ley 27584, los recurrentes deberán agotarla para encontrarse habilitados a presentar la demanda contencioso administrativa.
- e) En todo caso, es deber del Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo, aplicar el principio de favorecimiento del proceso.
- f) Por otra parte, dado que en los asuntos previsionales, es la administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuven a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que

el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión, en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda. En tales circunstancias, es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes; en especial el expediente administrativo que se encuentra en poder de la administración.

- g) Todos los poderes públicos, incluida la Administración Pública, deberán tener presente, tal como lo ha precisado este Colegiado de manera uniforme y constante, que las afectaciones en materia pensionaria tienen la calidad de una vulneración continuada, pues tienen lugar mes a mes, motivo por el cual no existe posibilidad de rechazar reclamos, recursos o demandas que versen sobre materia previsional, argumentando el vencimiento de plazos prescriptorios o de caducidad.

Eso fue un cambio aplastante, que tiene sus bemoles, a favor y en contra. En lo personal, antes de ser Magistrado, publiqué un ensayo donde criticaba duramente al Tribunal Constitucional porque miles de procesos se derivaban al contencioso y, cuando bajaba el amparo y estaba ya en el Tribunal Constitucional y se devolvía al juez del amparo que lo conoció primigeniamente, se demoraba un año. Y cuando el juez del amparo lo debía derivar al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo, lo enviaba después de medio año. Cuando llegaba a mesa de partes, prácticamente habían pasado dos años. Y cuando

llegaba al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo y resolvía el auto admisorio, pasaba un año más. Entonces, así pasaban entre dos años y medio y tres años. Luego, para que hubiese audiencia debía pasar un par de años más. Para muchos pensionistas era mejor cortarse las venas porque el tema era realmente dramático y lo sigue siendo.

Hay un artículo, el 5.2, que dice que si hay vía paralela, el justiciable debe utilizar esa famosa vía paralela si es la idónea. Eso es un mito. Es una tesis equivocada del legislador y el Tribunal Constitucional también sigue reincidiendo en esa tesis equivocada, porque incluso en estos momentos el grueso de Magistrados viene planteando que debemos cerrar los amparos en materia pensionaria y en materia laboral, y que solo vengan los derechos ius-constitucionales cotizables en términos líquidos. Pero es que no es así. En el Perú, no existe una vía paralela idónea, porque si existe y hablamos del proceso contencioso y si se va a plantear esa demanda primigeniamente en Lima, ¿saben cuánto tiempo va a durar? Cerca de cinco años. ¿Y qué pasa si se trata de un pensionista que tiene 70 años? Entonces, hay una crisis en la impartición de justicia o bien el acceso a la justicia se relativiza por la dilación procesal.

En este tema, repito, estoy haciendo una autocrítica. Me he sacado la toga de Magistrado y realmente estoy hablando como académico, pero que aún así me suscita un fuerte sentimiento contradictorio.

6.1.3. Los requisitos del mandamus en el proceso de cumplimiento

Luego tenemos otra creación interpretativa, que son las reglas para la determinación del mandamus en el proceso de cumplimiento.

El Tribunal Constitucional sacó un precedente vinculante, que es la STC N.º 0168-2005-AC/TC y seguramente el profesor que expondrá a continuación, el Doctor Gustavo Gutiérrez, hablará de los precedentes. No quiero ser aguafiestas, pero personalmente soy crítico de estos famosos precedentes.

Esos precedentes son una creación que el Tribunal Constitucional viene desarrollando, ya tenemos como treinta y tantos de estos. Sin embargo, se trata de precedentes muy opinables, porque establecen reglas procesales y sustantivas, pero que deben tener perdurabilidad, que deben afirmar estabilidad. Pero dentro de poco tiempo vamos a decir que acabamos de liquidar y de cortar la yugular a un precedente y, luego, a otro precedente y creo que vamos a continuar en un cargamontón de cortes de yugular a los demás precedentes. No es porque el pensamiento de los nuevos Magistrados sea contrario al de los anteriores, sino porque las situaciones ya no habilitan que se mantengan esos precedentes.

Entonces, habría que ver si el precedente es lo mismo que el stare decisis. ¿Tenemos leading case?, ¿tenemos casos líderes? ¿Es lo mismo que stare decisis? ¿Es lo mismo que precedente vinculante? Son situaciones que, a la fecha, no han quedado claras ni dentro del Tribunal Constitucional ni mucho menos en el mundo académico. Pero el tema es que, al hilo del precedente, esto es, la STC N.º 0168-2005-AC/

TC, el Tribunal Constitucional se ha despachado a su gusto y ha establecido los parámetros para que haya la figura del mandamus. Estos criterios o requisitos que debe ostentar el mandato contenido en la ley o acto administrativo cuyo cumplimiento se reclama deben tener las siguientes características:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.
- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

Desde mi particular apreciación, considero que el proceso de cumplimiento no tiene un derecho constitucional líquido. El hábeas corpus tiene un derecho constitucional líquido y el amparo también; pero, en el proceso de cumplimiento, estamos ante una situación fáctica. Hay una autoridad o funcionario al que no le da la gana de cumplir lo que dice una norma o un acto administrativo. Así de simple. Sin embargo, el Tribunal

Constitucional establece ciertas reglas procedimentales para que se establezca la admisibilidad de este proceso de cumplimiento, y establece una serie de requisitos y que, a la larga, resulta de suyo difícil que se admitan procesos de cumplimiento. Si se hace una estadística de los procesos de cumplimiento admitidos, son pocos. Hay un estreñimiento para admitirlos, al hilo de esta figura, que es la STC 0168-2005-AC/TC.

6.1.4. Supuestos de procedencia del proceso competencial

Tenemos otra figura de la autonomía procesal delegada, que es la ampliación de las formas de conflicto de competencia. En fin, es otra figura que ya esta hecha. Tampoco podemos estar eliminando todo. Se trata prácticamente del tema del conflicto por menoscabo de las atribuciones constitucionales. Se trata de que, con relación a los conflictos competenciales, el Tribunal Constitucional ha dicho que una forma en que se presenta un conflicto competencial no es tanto cuando un órgano se atribuye funciones que no le corresponden -conflicto positivo- ni tanto tampoco cuando un órgano con otro órgano no se creen competentes -conflicto negativo-, ni cuando como producto de la omisión de cumplimiento de un acto obligatorio por parte de un poder público se afectan las competencias constitucionales de otro, sino de un tipo de proceso competencial más sui generis, determinada en el ámbito de la actuación concreta y real de los organismos estatales, donde lo que se discute no es la titularidad de la competencia, sino el modo procesal y sustancial en la que esta se ejerce. Así, ha dicho el TC que el conflicto de atribuciones entre poderes puede surgir también por el hecho de que un poder, sin invadir

la esfera de competencias de otro poder, por el modo ilegítimo en que obra en la esfera de sus competencias, turbe su actividad y le impida desarrollar, en todo o en parte, la actividad que le compete. A este conflicto le ha llamado “conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales”, el cual al mismo tiempo ha clasificado en los siguientes sub-tipos:

- a) Conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto: En este tipo de conflicto cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia; sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.
- b) Conflicto constitucional por menoscabo de interferencia: En este, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro.
- c) Conflicto constitucional por menoscabo de omisión: Aquí, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional.

6.1.5. *El iura novit curia y la suplencia en la queja deficiente*

Luego tenemos el *iura novit curia* y la suplencia en la queja deficiente que, aclaro, sí goza de mi simpatía.

El tema es el siguiente. Cuando alguien plantea un amparo, y se equivoca porque debió plantear un hábeas data, o cuando alguien plantea un hábeas corpus y debió plantear un hábeas data, o cuando alguien plantea un hábeas data y debió plantear un amparo, es decir, cuando el querellante o justiciable quejoso plantea el postulatorio de amparo o de hábeas data y se equivoca y tiene errores procesales, el juez no debe desestimar la demanda. Debe suplir los errores procesales. Eso se llama suplencia en la queja deficiente. No estaba en el Código Procesal Constitucional. Estaba en el art. 7 de la antigua Ley 23506, pero el Tribunal Constitucional, a riesgo de hacer una interpretación delegada, ha dicho: “Bueno, el Código Procesal Constitucional regula por ahí en un artículo, el IX del Título Preliminar, la figura del *iura novit curia*”.

El *iura novit curia* significa que si el demandante plantea una demanda y se equivoca en el postulatorio en la parte sustantiva, el juez no debe declarar desestimativa la demanda. El juez es la boca que pronuncia la ley; el juez, conocedor del derecho, debe aplicar lo que corresponda. Eso es el *iura novit curia*. Se diferencia de la suplencia en la queja deficiente en que hay errores procesales del demandante. En el *iura novit curia*, hay errores sustantivos, pero, en ambos, el juez está obligado a aplicar lo que corresponda.

Entonces, el Tribunal Constitucional ha dicho: “La suplencia en la queja deficiente se encuentra subsumido dentro del *iura novit curia*”.

6.1.6. La distinción entre precedente y doctrina jurisprudencial vinculante

Luego hay otra figura que equivale a un curso académico completo, por lo tanto, solo haré una breve referencia. El Tribunal Constitucional ha hecho una distinción entre doctrina jurisprudencial y precedente vinculante (arts. VI y VII del T.P., respectivamente, del C.P.Const.).

Por lo menos, para mí, la idea es que el Tribunal debe mantenerse en lo que siempre ha sido lo clásico: La doctrina jurisprudencial y no en el precedente vinculante; porque nos ata a nosotros como Magistrados y el juez ordinario no goza de cierta autonomía y, luego, por estar cambiando el precedente, quedamos en ridículo. Como veremos luego, hace poco hemos cambiado un precedente vinculante. ¿Acaso un precedente vinculante va a durar solo cuatro o cinco años? ¿Acaso se sabe cuánto pasa para que surja un caso líder, o para que haya un caso decidido en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América? ¿Cada cuánto tiempo se cambia? Cada medio siglo o cuando se muere un Papa. Pero ¿vamos a estar cambiando un precedente a cada rato? Entonces, la idea es que debería mantenerse la figura de la doctrina jurisprudencial y no la del precedente vinculante, porque el precedente en nuestro actual sistema de fuentes tiene status de norma, como si fuera una ley, y que incluso esta por encima del

legislador. Entonces, hay que tratar de autorestringirnos en la producción de este tipo de fallos.

6.1.7. La actuación inmediata de la sentencia en el amparo

Además tenemos otra figura, que es la actuación inmediata de la sentencia de primer grado. Este tema se ha desarrollado con ocasión del caso de un estudiante universitario, al que una universidad privada no le permitía rendir sus exámenes finales por haberse retrasado en su pensión de estudios. El ganó en primera instancia, sin embargo la universidad apeló y la sentencia no pudo ser cumplida en sus propios términos, y así llegó al Tribunal Constitucional, donde además de declarar fundada la demanda, vimos conveniente desarrollar esta figura con el objeto de brindar más herramientas a los justiciables, para hacer efectiva la tutela de sus derechos constitucionales. Como se sabe, hoy por hoy, el amparo prácticamente no es sumarísimo, porque se dilata. Entonces, el legislador estableció esta figura, que consiste en que si el demandante de amparo gana en primera instancia y la contraparte apela o no, el juez del amparo esta obligado a ejecutar, en los propios términos, la sentencia de primera instancia, aunque la contraparte haya apelado. Esa es la figura de la actuación inmediata de la sentencia. Por cierto, la Comisión de Académicos que elaboró el Anteproyecto del Código Procesal Constitucional, en la persona del profesor Domingo García Belaunde han dicho formalmente que esa figura no existe, de acuerdo con lo que dice el art. 22 del C.P.Const., concordante con el art. 59 de la misma norma. Por otro lado, Juan Monroy Gálvez opina lo contrario. Pero, al final, cuando ellos limaron

sus encuentros académicos, tácitamente confirmaron que el legislador no lo había creado; pero, como bien sabemos, una cosa es la voluntad del legislador y otra es la voluntad de la ley.

Si formalmente convenimos en que el legislador no creó la figura de la actuación de sentencia impugnada, esa fue la voluntad del legislador; pero luego la norma tiene vida propia y viene aquí a colación la voluntad de la ley. La voluntad del legislador es lo que el legislador quiso; la voluntad de la ley es lo que la norma, en términos autónomos, puede ser objeto de exégesis distinta al testamento del legislador histórico.

Entonces, hoy por hoy, el Tribunal Constitucional en la STC 0607-2009-PA/TC, ha desarrollado los supuestos procesales para viabilizar la figura de la actuación inmediata de la sentencia, y así ha establecido los siguientes principios:

- i. Sistema de valoración mixto: Si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto.
- ii. Juez competente: Será competente para resolver la solicitud de actuación inmediata y, de ser el caso, para llevarla a cabo, el juez que dictó la sentencia de primer grado.
- iii. Forma de otorgamiento: Si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla

de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello, en virtud de la obligación del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el art. II del T.P. del C.P.Const.

- iv. Sujetos legitimados: Tendrá legitimación activa para solicitar la actuación inmediata el beneficiado con la sentencia estimatoria de primer grado o, en su caso, el representante procesal, según lo dispuesto por el art. 40 del C.P.Const.
- v. Alcance: Por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, sólo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.
- vi. Tipo de sentencia: Podrá concederse la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, tanto de sentencias que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado se entiende sólo respecto de sentencias de condena.

- vii. Mandato preciso: La sentencia estimatoria de primer grado debe contener un mandato determinado y específico (mandato líquido), de acuerdo a lo establecido por el inciso 4 del artículo 55 del C.P.Const., en el cual debe sustentarse el mandato contenido en la actuación inmediata.

- viii. Presupuestos procesales:
 1. No irreversibilidad: La actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.

 2. Proporcionalidad: No obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, este deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de este a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.

 3. No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.

- ix. Apelación: La resolución que ordena la actuación inmediata, así como aquella que la deniega, serán inimpugnables.
- x. Efectos de la sentencia de segundo grado:
 - 1. Si la sentencia de segundo grado confirma la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución se convertirá en definitiva.
 - 2. Si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos en tanto se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada; lo que se justifica en la finalidad esencial de los procesos constitucionales que, de acuerdo a lo previsto en el art. II del T.P. del C.P.Const., es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.
- xi. Relación con la medida cautelar: Una vez emitida la sentencia estimatoria de primer grado, el demandante podrá optar alternativamente entre la actuación inmediata o la medida cautelar; sin embargo, la utilización de una excluye a la otra.

6.1.8. La represión de actos homogéneos

La represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido

considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho. Subyace como fundamentos de este instituto procesal los siguientes: a) Evitar el desarrollo de un nuevo proceso constitucional; b) Garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas.

Esta figura, recogida en el art. 60 del C.P.Const., ha sido desarrollada también por el TC a través de la RTC 4878-2008-PA/TC, donde se estableció que esta figura procede, siempre y cuando se hayan cumplido copulativamente dos requisitos:

- a) La existencia previa de una sentencia, con autoridad de cosa juzgada, que haya otorgado tutela constitucional a la pretensión planteada por la parte demandante, y que haya definido claramente los derechos constitucionales afectados y las órdenes pertinentes a la parte demandada, a efectos de reparar la lesión ius-fundamental.
- b) El cumplimiento de lo ordenado en la sentencia; lo cual quiere decir que la represión sólo puede plantearse una vez que se ha cumplido y ejecutado en sus propios términos lo ordenado en la sentencia; pues la represión se entiende sólo respecto de “nuevos” actos lesivos.

Por otro lado, el TC también ha explicitado los elementos que deben verificarse para saber cuándo nos encontramos ante un “acto lesivo homogéneo”. Estos supuestos, que también deben ser copulativos, son:

- a) Elementos subjetivos: Aquí se señala la identificación de dos elementos: Las personas afectadas y el origen del nuevo acto lesivo.
 - 1. Persona afectada: En principio, se señala que corresponderá su invocación a la parte demandante del proceso de amparo anterior. Sin embargo, pueden presentarse algunas particularidades cuando se trate de derechos difusos, derechos colectivos y el estado de cosas inconstitucional.
 - 2. Origen o fuente del acto lesivo: A este respecto el TC ha señalado que el nuevo acto lesivo debe ser llevado a cabo por la misma entidad, autoridad, funcionario o persona que fue obligada a dar, hacer o dejar de hacer algo a través de la sentencia de condena establecida en un proceso constitucional. Sin embargo, para evaluar el origen o fuente del acto invocado como homogéneo, debe tomarse en cuenta si el mandato ordenado en la sentencia sólo podía ser cumplido por una determinada persona o si se trataba de un mandato que debía ser observado por toda una entidad en su conjunto.
- b) Elemento objetivo: El TC identifica el criterio de homogeneidad como el parámetro de evaluación del acto lesivo anterior con el nuevo acto lesivo. En este caso, la homogeneidad se identificará con

las características del acto lesivo que la sentencia ha descrito en su motivación.

- c) La manifiesta homogeneidad: El carácter homogéneo del nuevo acto lesivo debe ser manifiesto, es decir, no deben existir dudas sobre la homogeneidad entre el acto anterior y el nuevo. En caso contrario, debe declararse improcedente la solicitud de represión respectiva, sin perjuicio de que el demandante inicie un nuevo proceso constitucional contra aquel nuevo acto que considera que afecta sus derechos fundamentales, pero que no ha sido considerado homogéneo respecto a un acto anterior.

6.2. La autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa

6.2.1. La técnica del estado de cosas inconstitucional

Esas son las figuras pacíficas y, si esto es pacífico, ¡agárrense!, porque vamos a entrar a terrenos comanches. Así tenemos, por ejemplo, la autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa. Algunas audacias son buenas. El Tribunal ya incorporó la figura del estado de cosas inconstitucionales, y aquellos a quienes les interese el tema, pueden tomar nota de que me estoy refiriendo a la STC 2579-2003-HD/TC, de hábeas data y, más recientemente, a la STC 5561-2007-PA/TC, que es el caso de la defensa judicial que realiza la ONP, muchas veces en términos dilatorios y que perjudica la tutela judicial efectiva de los derechos de los pensionistas. Aunque no voy a ahondar en esta figura, pues básicamente ella es una creación de la

Corte Constitucional de Colombia, debo decir que, en principio, la técnica del estado de cosas supone una superación de la doctrina clásica del efecto “inter partes” del amparo, pues aquí ya no se trata de proteger solamente al justiciable que interpuso su demanda, sino que al reconocerse una vulneración sistemática y masiva de derechos fundamentales, los efectos de la sentencia se extienden a todos aquellos sujetos colocados en la misma situación jurídica del demandante. Del mismo modo, las entidades comprometidas con el cumplimiento de la sentencia no serán sólo aquellas que fueron emplazadas con la demanda, sino todas aquellas cuya actuación sea necesaria para superar el déficit estructural e institucional que originó el estado de cosas inconstitucional. Aquí hay pues, a nivel procesal, un giro copernicano en la doctrina clásica de los efectos personales de la sentencia y que se justifica, en el plano del proceso constitucional, por la necesidad de brindar una respuesta efectiva a la vulneración sistemática de derechos fundamentales.

6.2.2. El recurso de agravio constitucional a favor del precedente

Luego, el Tribunal Constitucional crea la figura del recurso de agravio a favor del precedente, en la STC 4853-2004-PA/TC. La sentencia del precedente vinculante 4853 estableció muchos aspectos buenos, pero también hay algunos aspectos que van a ser objeto de cuestionamiento, uno de los cuales es el del recurso de agravio a favor del precedente, que esta en el fundamento 40 de dicha sentencia. Ahí, el Tribunal Constitucional prácticamente incurrió en una audacia interpretativa al señalar que la “resolución

denegatoria” a que hace referencia la Constitución, como condición procesal para interponer el recurso de agravio ante el Tribunal, no es sólo denegatoria de la pretensión del demandante, como es su sentido literal, sino que es también resolución denegatoria de justicia constitucional, en sentido objetivo, es decir una resolución que niega la tutela constitucional al apartarse del precedente vinculante. Sin embargo, aunque se hayan tenido intenciones plausibles, de nuestra parte creemos que la Constitución ha delineado claramente que la legitimidad procesal para quien pueda usar y disfrutar de este recurso solo es el demandante perdedor. Así, si una persona plantea un amparo, y pierde en primera instancia y pierde en segunda, él es el que puede utilizar el recurso de agravio para que acceda al Tribunal y no la parte demandada. La postura establecida en la STC 4853-2004-PA/TC ampliaba, sin embargo, lo previsto en la Constitución. Hoy, este precedente ha sido dejado sin efecto por la STC 3908-2007-PA/TC, donde se ha regresado a la concepción original, respetando el testamento histórico del legislador constituyente.

Sobre ese caso hubo ya una posición relativamente mayoritaria, que fue en el caso de El Frontón, donde un grupo de Magistrados establecieron esta figura. Por cierto, quien habla estableció otra figura por el tema de fondo, pero al final cinco Magistrados hemos acompañado para que se cambie este precedente. Por lo tanto, de ahora en adelante, solo al demandante le corresponde el recurso de agravio; si perdió el demandado, lo que podría hacer es plantear un amparo contra amparo.

6.2.3. *El recurso de agravio excepcional por vulneración del orden constitucional*

Este supuesto de RAC ha sido puesto en vigencia a partir de la publicación de las SSTC 02663-2009-PHC/TC y 02748-2010-PA/TC, como respuesta al uso inadecuado del proceso constitucional de hábeas corpus frente a una aparente lesión y consecuente tutela del derecho al plazo razonable al que deben sujetarse todos los procesos judiciales de orden penal. Así, el TC ha admitido la posibilidad de aceptar la procedencia del RAC en sentencias estimatorias, cuando se cuestionen procesos penales por tráfico ilícito de drogas o lavado de activos, esto en razón de comprender que la permisibilidad de uso de un proceso constitucional como herramienta para evitar un proceso judicial por responsabilidad penal en dichos ilícitos, supone promover el incumplimiento de uno de los fines del Estado, como lo es el combate del tráfico ilícito de drogas, situación que supone un evidente ejercicio abusivo del derecho por parte del presunto responsable.

En tal sentido, el TC comprende que situaciones donde se ha dispuesto la reanudación del proceso judicial parcial o totalmente, como consecuencia de haberse evidenciado la presencia de un vicio procesal que transforma en irregular al proceso penal, no puede admitirse la exclusión de la responsabilidad penal a través de un proceso constitucional, sin que de por medio exista un proceso judicial en donde se haya determinado a través de pruebas, la irresponsabilidad penal del imputado. Es por ello, que en dichos casos expresamente el TC manifiesta que los mencionados delitos permiten la dúplica de los plazos legales

del proceso en razón a considerar dichos delitos de naturaleza compleja.

Para la procedencia del RAC bajo este supuesto es necesario que el recurso reúna los siguientes requisitos:

- a) Sentencia de segundo grado estimatorio de un proceso constitucional, en el que se tutele el derecho al plazo razonable.
- b) El mandato de la sentencia constitucional disponga la exclusión del imputado del delito del proceso penal y el archivo definitivo del proceso.
- c) El Procurador Público del Estado se encuentra legitimado para interponer el RAC.
- d) Sobre el plazo para su presentación, como regla general se debe de promover el presente RAC dentro de los 10 días hábiles a la notificación de la sentencia de segundo grado; sin embargo, el TC también ha dejado abierta la posibilidad de la postulación del referido recurso fuera de dicho plazo legal, lo cual consideramos que no supone una habilitación sine die para su presentación, sino una obligación del supremo intérprete para justificar debidamente su competencia en el conocimiento de cada caso, para efectos de justificar la procedencia del recurso.

6.2.4. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional y el recurso de apelación por salto

Culminado un proceso constitucional y de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 22, primer párrafo y 59 del C.P.Const.I, corresponde al juez de primera

instancia ejecutar la decisión judicial que puso fin a la controversia promovida en esta vía procesal; sin embargo, y considerando que por lo general no es el juez de primera instancia aquel que ha emitido la decisión final en el proceso constitucional, pueden presentarse supuestos en los que dicha instancia considere que la sentencia final debe ejecutarse en un sentido diferente al contenido en el fallo.

De acuerdo con las atribuciones y competencias que se han otorgado al Tribunal Constitucional a través de la Constitución, su Ley Orgánica y el Código Procesal Constitucional, se advierte que taxativamente carecería de capacidad para velar por la ejecución de sus pronunciamientos emitidos en los procesos de la libertad. Dicha situación fue advertida a través de los recursos de queja promovidos en la etapa de ejecución de aquellos procesos que contaban con sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y en los cuales se alegaba la tergiversación del contenido del fallo y la violación del derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos.

Frente a dicha situación, el Tribunal Constitucional emite la RTC 0168-2007-Q, en la que sustenta las razones por las que considera que las sentencias emitidas en los procesos constitucionales requieren “de una teoría material constitucional que la fundamente, dotándola de nuevas herramientas de actuación que abandonen la idea clásica de clasificación entre actos de declaración del derecho y actos de ejecución. Ello en atención a que la sentencia que interpreta con la máxima fuerza jurídica las disposiciones constitucionales ocupa una posición de primer orden entre los actos

públicos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho; verificada además, la especial naturaleza de las pretensiones sobre las que se pronuncia (cosa juzgada constitucional); por el valor y la fuerza que le otorga el sistema jurídico a sus interpretaciones (IV Disposición Final de la Constitución, arts. 1 de su propia Ley Orgánica, VI y VII del C.P.Const.); y, por el poder extrapartes (efectos erga omnes).”³

Así, consideró necesario realizar un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional en cuanto a la revisión de resoluciones de segundo grado en la etapa de ejecución de sentencias, frente a los supuestos en los que se denunciará el incumplimiento de sus propias decisiones, para otorgarse competencia e integrarse como instancia revisora de la ejecución de la decisión que emitiera en un proceso constitucional de la libertad.

De acuerdo con lo expresado por la RTC 0168-2007-Q, este supuesto de RAC se encuentra destinado a tutelar el orden jurídico constitucional que ha sido restablecido mediante la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional al ordenar la restitución del derecho lesionado, para lo cual se procederá a evaluar si los actos procesales generados en la etapa de ejecución dirigidos a ejecutar el mandato contenido en la sentencia, resultan adecuados para cumplir la función restitutoria del proceso constitucional.

Así, la evaluación a realizarse por esta modalidad del RAC se aparta de las condiciones generales reguladas por los arts. 202 inciso 2 de la Constitución y 19 del

3 RTC 00168-2007-Q/TC, Fj 5 in fine.

C.P.Const., pues permite al Tribunal Constitucional comportarse como un órgano de ejecución de sus propias decisiones, sin embargo y pese a que la finalidad de esta modalidad del RAC se encuentra delimitada, lo mismo no ha sucedido con las funciones que deberá cumplir la evaluación de este excepcional supuesto, situación que estimamos requiere de un marco de precisiones a fin de que el Tribunal Constitucional en última instancia, no termine desnaturalizando sus funciones como órgano jurisdiccional dentro de la estructura judicial, verificando el cálculo correcto de cifras dinerarias a cancelar, por ejemplo.

En tal sentido, considero que esta modalidad del RAC debe dirigirse a evaluar las razones de la demora de la ejecución del fallo, el grado de incumplimiento o tergiversación de la sentencia del Tribunal Constitucional y la fórmula interpretativa utilizada por el órgano ejecutor, a fin de verificar si la etapa de ejecución se realiza con normalidad o existe la presencia de mecanismos dilatorios promovidos por alguna de las partes; si el incumplimiento o tergiversación del fallo por parte del órgano de ejecución resulta de acciones dirigidas por algunas de las partes o resulta de motu proprio; o si la interpretación que se le viene otorgando a la sentencia en esta etapa resulta contraria al propio contenido de la sentencia y la tutela del derecho fundamental.

En buena cuenta, con esta modalidad del RAC a favor del cumplimiento de las sentencias del TC se configura un nuevo canon de autopercepción del

propio TC: ser el señor del proceso⁴, con miras a que lo resuelto por el máximo órgano jurisdiccional se cumpla en los términos de la sentencia allí dispuestos. No otra interpretación se puede entender del art. 55 cuando establece una configuración de una sentencia estimatoria en los contenidos de lo que se debe cumplir.

Sus requisitos de procedencia son los siguientes:

- a) Procede frente a una resolución denegatoria en segunda instancia del pedido de ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional.
- b) El escrito del recurso debe ser presentado dentro de los 10 días posteriores a la notificación de la resolución de segundo grado en la etapa de ejecución.
- c) Su presentación se debe realizar ante el órgano judicial de segunda instancia.
- d) El órgano de segundo grado se encuentra obligado a admitir el RAC y elevar el expediente al Tribunal Constitucional.
- e) La evaluación a efectuarse por el Tribunal Constitucional se circunscribe a merituar el grado de incumplimiento de su decisión y a establecer reglas destinadas a resguardar el sentido de la decisión contenida en la sentencia materia de ejecución, a fin de que no se presenten distorsiones que afecten su ejecución y la correcta restitución del derecho constitucional tutelado.

4 RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia: La "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 34.

Este supuesto exige que la parte solicitante acredite su legitimidad para la procedencia del recurso de queja o el RAC, pues sólo así podrá valorarse el grado de afectación que viene produciendo la tergiversación de la sentencia en la etapa de ejecución.

Sin embargo a lo antes precedido, cabe mencionar que con la emisión de la STC 00004-2009-PA/TC⁵, el supremo intérprete decidió el cambio de denominación, así como las pautas para el conocimiento del referido recurso, aunque parcialmente aun se encuentra en vigencia en su modelo original. En la actualidad la participación del TC en el conocimiento de la ejecución de las sentencias que ha emitido, se produce a través de la promoción del recurso de apelación por salto, medio impugnatorio que permite al recurrente evitar el tránsito por la Sala Superior respectiva y permite al TC pronunciarse en segunda instancia por el incumplimiento de sus decisiones.

Así, corresponde mencionar como sus requisitos de procedencia lo siguiente:

- a) Procede contra la resolución de primer grado en la etapa de ejecución de una sentencia emitida por el TC.
- b) El recurso debe ser presentado dentro del tercer día siguiente a la notificación de la decisión de primer grado ante el juez constitucional de ejecución.

⁵ Sentencia publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano el 15 de noviembre de 2010.

- c) El TC se pronuncia en definitiva instancia sobre el grado de incumplimiento de su decisión y cuenta con la capacidad de establecer reglas destinadas a resguardar el sentido de su decisión contenida en la sentencia constitucional, con la finalidad de prever distorsiones que afecten la ejecución y la correcta restitución del derecho constitucional tutelado.
- d) Contra la denegatoria del recurso de apelación por salto corresponde interponerse el recurso de queja ante la Sala Superior respectiva, de conformidad a las reglas que establece el art. 401 del Código Procesal Civil⁶.
- e) Carece de la audiencia pública de las partes por tratarse de un recurso de trámite inmediato.

A su vez el referido recurso, tiene identificado tres supuestos de improcedencia de este recurso a saber:

- a) Cuando el cumplimiento de la sentencia comporte un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, o de los reintegros, o de los intereses, o de las costas o de los costos;
 - b) Cuando el mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo;
- y

⁶ Art. 401 del Código Procesal Civil.- El recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibile o improcedente un recurso de apelación. También procede contra la resolución que concede apelación en efecto distinto al solicitado.

- c) Cuando el propio recurrente decide que la correcta ejecución del mandato de la sentencia constitucional se controle a través del amparo contra amparo.

6.2.5. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial

Supuesto recogido en la RTC 201-2007-Q, mediante la que se amplía el supuesto anterior en atención a la búsqueda de eficacia de la tutela otorgada al derecho restituido con el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, que viene siendo alterada, menoscabada o tergiversada en la etapa de ejecución, situación que incluso puede producirse por el propio órgano que tuteló el derecho.

Frente a esta irregular situación, el Tribunal Constitucional ha considerado que el RAC se constituye como el medio impugnatorio idóneo, directo e inmediato en la etapa de ejecución de los procesos constitucionales de la libertad, destinado a restablecer el orden jurídico constitucional establecido como mandato en la sentencia que ha dispuesto la reposición del derecho fundamental vulnerado.

Sin embargo, debemos tener presente que este supuesto aún no ha merecido desarrollo a través de la jurisprudencia, por lo que estimamos que presenta vacíos que genera dudas frente a la forma de resolver peticiones que se podrían producir en esta etapa. Así, considero importante hacer acotación que resultará necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie por el ámbito de su competencia en la revisión de este

supuesto, pues no sólo pueden presentarse pedidos relacionados a aspectos contenidos en el mandato a ejecutarse, sino que podrán plantearse pretensiones destinadas a transformar lo decidido a favor o en contra de las partes o incluso situaciones destinadas a cuestionar las fórmulas de actualización o determinación de deudas pecuniarias ordenadas a cancelar por mandato judicial de un proceso constitucional (caso común en temas pensionarios).

En tal sentido, consideramos que esta modalidad del RAC -al igual que el RAC a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional- debe dirigirse a evaluar las razones de la demora de la ejecución del fallo, el grado de incumplimiento de la sentencia y la fórmula interpretativa utilizada por el órgano ejecutor, a fin de verificar si en esta etapa de ejecución existe la presencia de mecanismos dilatorios destinados al incumplimiento o tergiversación del fallo, o si la interpretación que se le viene otorgando a la sentencia, resulta contraria al propio contenido de la sentencia y a la tutela del derecho fundamental.

Para la procedencia del RAC bajo este supuesto es necesario que el recurso reúna los siguientes requisitos:

- a) Debe promoverse frente a una resolución de segunda instancia denegatoria del pedido de ejecución de sentencia, sea esta de primer o segundo grado.
- b) El plazo de su presentación es de 10 días hábiles desde la notificación de la resolución de segundo grado.

- c) Su presentación se debe realizar ante el órgano judicial de segunda instancia.
- d) El órgano de segundo grado se encuentra obligado a admitir el RAC y elevar el expediente al Tribunal Constitucional.
- e) El Tribunal Constitucional evaluará la sentencia de segundo grado que estimó el derecho y las resoluciones destinadas a su ejecución a fin de merituar el grado de incumplimiento de la decisión en los términos que fue adoptada para restituir el derecho constitucional. Así, se establecerá lineamientos bajo los cuáles la decisión debe ser ejecutada sin que sea desvirtuada en su contenido.

6.2.6. La figura del amparo contra amparo

Luego tenemos la figura del amparo contra amparo, que corresponde también a la Sentencia 4853. Es autonomía procesal autárquica, porque según el art. 5.8 no prospera el amparo contra amparo; así lo dice el Código Procesal Constitucional. Se entiende que no procede un proceso constitucional firme contra otro proceso constitucional; así lo establece el referido Código. Pero, antes de que lo regulara el Código, el Tribunal Constitucional venía planteando la figura de que el amparo contra amparo es una modalidad específica del amparo contra resoluciones judiciales; aunque lo restringía a supuestos excepcionales, y con la sentencia 4853, emitida después de publicado el Código Procesal Constitucional, se ha ampliado la figura a varios supuestos que los podemos quintaesenciar del siguiente modo:

- a) Su procedencia se condiciona a los casos en que la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta,
- b) Su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad,
- c) Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales estimatorias como contra las desestimatorias,
- d) Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales independientemente de la naturaleza de los mismos,
- e) Procede en defensa del precedente y la doctrina constitucional vinculante establecida por el Tribunal Constitucional,
- f) Se habilita en defensa de los terceros que no hayan participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias no pudo acceder el agravio constitucional,
- g) No procede contra las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional.

Por último, en reciente jurisprudencia, contenida en la STC 4650-2007-PA/TC, el TC ha establecido que en el caso de que el amparo contra amparo sea en materia laboral, el juez que recibe el segundo amparo debe verificar primero si se ha ejecutado lo dispuesto en el primer amparo, esto es, si se ha llevado a cabo

la reposición del trabajador, a efectos de disponer si se admite a trámite o no la demanda; ello quiere decir que, en ningún caso, cuando se trate de la reposición de un trabajador, el segundo amparo puede ser utilizado para pretender el incumplimiento de lo decidido en el primer amparo.

6.2.7. El partícipe en el proceso de inconstitucionalidad

Luego, el Tribunal Constitucional también ha creado la figura del partícipe en el proceso de inconstitucionalidad, que no está en el Código Procesal Constitucional.

Por el término partícipe se entiende, bajo la percepción de Peter Häberle, lo siguiente. Si se plantea una demanda de inconstitucionalidad, debe haber una pluralidad de intérpretes constitucionales. No solo el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo, no solo el legislador es el intérprete supremo; el ciudadano común y corriente, cuando dos ciudadanos están en un café, conversando sobre un tema de interés cívico, y empiezan a dialogar en términos normales y cotidianos, se afirma un sentimiento constitucional, una cultura constitucional. “Mira, viejo, a mí no me parece que esta figura es así”, puede decir un ciudadano común y corriente estableciendo pareceres sobre temas de interés público. Interpreta cosas cotidianas a su manera o desde su punto de vista o desde su concepción del mundo. Eso también es interpretación constitucional. Pero cuando ya llega al Tribunal Constitucional una norma que se cuestiona y hay una entidad que está llamada a decir algo sobre ese tema, entonces, el Tribunal lo incorpora

ya como partícipe. No es parte en el proceso, no es litis consorte, sino que es una entidad llamada a expresar algún parecer. En este caso, por ejemplo, fue sobre un tema donde se involucraba de alguna u otra manera al Consejo Nacional de la Magistratura y él tuvo que decir algo sobre tal o cual tema. En síntesis, la figura del partícipe se ha incorporado, mediante la RTC 0025-2005-PI, con el objeto de integrar al proceso a quien puede aportar una tesis interpretativa cualificadamente relevante en el caso concreto.

6.2.8. La adecuación del proceso de cumplimiento para el control de la inconstitucionalidad por omisión

Ahondando en el objeto y finalidad del proceso de cumplimiento, el Tribunal ha mantenido la posición de que el derecho a la efectividad de las disposiciones legales y actos administrativos encuentra su cauce procesal a través de este proceso, aún cuando lo ha reconducido a casos de indubitable claridad y certeza del mandamus. Sin embargo, en una variante, derivada de la especial problemática de los pueblos indígenas (STC 5427-2009-PC/TC, Caso AIDSESEP II), ha dispuesto también que el principio de regularidad del ordenamiento jurídico exige la efectividad, con mayor razón, de las disposiciones constitucionales, exigencia para la cual puede utilizarse, de modo excepcional, el proceso de cumplimiento.

De este modo, el TC ha dispuesto que, aún cuando no es la vía creada por el constituyente para el control de las omisiones legislativas inconstitucionales, el proceso de cumplimiento puede ser adecuado o

redimensionado, de cara a efectivizar determinados mandatos constitucionales o que se encuentren contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos, y que han sido desatendidos por el legislador o la autoridad reglamentaria correspondiente, durante un lapso bastante amplio, produciendo a su vez un resultado inconstitucional.

En este contexto, con el objeto de poder apreciar en qué casos nos encontramos ante la figura de la inconstitucionalidad por omisión, el TC ha delineado los requisitos o elementos que deben presentarse para afirmar que el legislador o la autoridad reglamentaria correspondiente ha incurrido en un incumplimiento de su deber de legislar o reglamentar un mandato constitucional. Estos requisitos o condiciones son:

- a) La existencia de un mandato constitucional de regulación normativa.
- b) Transcurso de un periodo de tiempo razonable.
- c) Efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional.

Con el objeto de graficar los supuestos en los cuales nos encontramos ante la figura de la inconstitucionalidad por omisión, el TC ha establecido esta tipología de omisiones inconstitucionales:

➤ *Omisiones absolutas y omisiones relativas*

Las primeras están referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución y cuya exigencia por

el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia efectiva de la norma fundamental. Las omisiones de la ley u omisiones relativas en cambio están referidas al silencio de la ley en extremo que no haya sido normado causando perjuicio en la tutela de los derechos. Se presentan en el control de constitucionalidad de un precepto normativo en el que, como ha señalado la jurisprudencia alemana, se constata, “la exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio”. De ahí que el parámetro por excelencia del control de las omisiones relativas sea el principio constitucional de igualdad⁷.

➤ *Omisión inconstitucional directa e indirecta*

Una omisión normativa inconstitucional directa, es la que se produce cuando el legislador democrático no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena; mientras que la omisión normativa inconstitucional indirecta, es aquella que se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional⁸.

➤ *Omisión inconstitucional explícita y omisión de configuración jurisprudencial*

En el Derecho comparado actualmente no ofrece mayores resistencias la necesidad del control de las omisiones ordenadas de manera explícita por

⁷ STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 42. Vid. igualmente STC 9617-2006-AA/TC, FF.JJ. 6-8.

⁸ STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 25.

la Constitución. Este es el caso por ejemplo de un precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental o crea un órgano constitucional delegando a la ley su configuración o regulación. Los supuestos de mandatos explícitos a legislar, constituyen normas constitucionales dirigidas al legislador y su control puede hacerse en sede jurisdiccional siempre que pueda desprenderse un mandato explícito y la inacción del legislador se haya constatado a lo largo de un periodo razonable.

Distintos son los supuestos en que la constatación de la omisión, sólo se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales o del desarrollo de las cláusulas orgánicas de la Constitución en los que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa. Aquí se trata de concebir a la acción de los órganos judiciales, y en especial del Tribunal Constitucional, como instituciones que colaboran con el desarrollo y efectividad de las cláusulas constitucionales de modo que, en el desarrollo de sus contenidos pueden avizorar, con conocimiento de causa la necesidad de que los contenidos constitucionales no se desvanezcan o diluyan ante la pasividad de los poderes constituidos. Se trata de la vigilia de la Constitución en su dinámica cotidiana.

En este sentido, conviene precisar en este punto, que las omisiones constatadas a través de la actuación de los órganos judiciales, en especial, por la actividad del Tribunal Constitucional, se configuran como mandatos normativos que se proyectan con efecto erga

omnes conforme a los arts. 204 de la Constitución y 81 y 82 del C.P.Const. y que en consecuencia se derivan de la actuación de los órganos judiciales en su labor de defensa del orden jurídico constitucional, así como de su misión de tutela de los derechos fundamentales⁹.

6.2.9. El cómputo del plazo razonable

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es una garantía que encuentra sustento o reconocimiento expreso en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los mismos que han sido ratificados por el Perú y que, por tanto, ostentan rango constitucional. Así, este derecho lo encontramos en el art. 14, inciso 3) literal c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 8, inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Nuestra Constitución no tiene un reconocimiento expreso de este derecho, mas si podemos afirmar que el mismo constituye una garantía implícita del derecho al debido proceso contenido en el art. 139, inciso 3) de la Carta Magna, cuya finalidad no es otra que impedir que los acusados por la comisión de un delito permanezcan durante un largo tiempo en un status jurídico de incertidumbre, asegurando de este modo que la tramitación del mismo se realice de manera pronta.

Aunque parezca evidente que la disposición normativa alcanza sólo al plazo que transcurre dentro de la tramitación judicial del proceso, la realidad y el objeto de los procesos constitucionales ha obligado al Tribunal Constitucional a ir extendiendo el contenido

9 STC 0006-2008-PI/TC, FF.JJ. 42-47.

de este derecho a nuevos y complejos supuestos de hecho. Así, hoy por hoy, y a la luz de lo expuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, bien podríamos hablar del plazo razonable en tres esferas: a) Del proceso strictu sensu; b) De la investigación preliminar o fiscal; c) De la detención preventiva.

A ellas puede añadirse la reciente STC 6423-2007-PHC/TC, que constituye precedente vinculante, y que ha abordado el tema del plazo estrictamente necesario de la detención policial.

- a) Con respecto al plazo razonable del proceso: Respecto al plazo razonable del proceso el TC ha señalado en la STC 0618-2005-PHC/TC que para poder determinar si existe violación del plazo razonable del proceso habrá de tenerse en cuenta los siguientes factores: a) La actividad procesal del interesado; b) La conducta de las autoridades judiciales; y, c) La complejidad del asunto, criterios que han sido establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Genie Lacayo y Suárez Rosero.

Hasta aquí la temática desarrollada por el Tribunal Constitucional resulta pacífica y uniforme, no obstante ello es menester señalar que las consecuencias jurídicas derivadas de la verificación del plazo razonable continúa siendo una tarea pendiente del máximo órgano de interpretación constitucional, en la medida en que una Sala, en el conocido caso Chacón (STC 3509-2009-PHC/TC) ha delineado como derrotero la exclusión del proceso del accionante o favorecido en contrapartida de aquel grupo de Magistrados que consideran que

la medida correcta es el establecimiento de un plazo perentorio para que el órgano jurisdiccional que conoce del proceso lo concluya.

- b) Con respecto a la investigación preliminar o fiscal: El Tribunal Constitucional ha ingresado a analizar el plazo razonable de la investigación realizada por el representante del Ministerio Público, entre otros mediante los expedientes STC 5228-2006-PHC/TC, STC 6079-2008-PHC/TC y STC 4116-2008-PHC/TC; donde ha señalado que en la medida en que la actividad de los Fiscales están informados por el principio de interdicción de la arbitrariedad, su actividad ha de estar orientada por el respeto irrestricto de los derechos constitucionales. Uno de estos derechos es el plazo razonable, respecto del cual el Tribunal Constitucional ha señalado que la no precisión de los límites temporales de una investigación efectuada por el representante del Ministerio Público contraviene este derecho, más aún si al analizar cada caso se llega a evidenciar un excesivo transcurso de tiempo; por lo que no puede constituir una justificación válida el hecho de la inexistencia de un plazo legal previsto para la investigación preliminar.
- c) Con respecto a la detención preventiva: La jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en relación al plazo razonable de la detención preventiva ha sido muy variada. En líneas generales podemos señalar que la misma ha ido atendiendo a la complejidad que se presentaba en cada uno de los casos y siempre evaluando los

tres requisitos a los que ya se han hecho referencia esto es: a) La actividad procesal del interesado; b) La conducta de las autoridades judiciales; y, c) La complejidad del asunto.

La jurisprudencia del Tribunal en este rubro no ha sido pacífica, pues la misma ha ido variando conforme a la casuística que conocía este Colegiado y que en resumen pasaban por legitimar la extensión temporal que efectuaban los jueces penales de la detención preventiva ordenada en los respectivos procesos que tramitaban. Así, en un primer momento, en la STC 2915-2004-PHC/TC, el Tribunal Constitucional legitimó que el plazo de 18 meses a los que hacía referencia el Código Procesal Penal como plazo máximo de la detención preventiva podía ser duplicado siendo, por tanto, posible extender el plazo de detención hasta por 36 meses, fundado sólo en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado.

Esta postura fue reforzada por el Tribunal Constitucional a propósito de los nuevos juicios iniciados tras la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 24745 (Ley Antiterrorismo) en la que concluye que los 36 meses establecidos como plazo máximo de detención previsto para procesos declarados nulos que se hubiesen seguido en fueros diferentes, cuyo cómputo se inicia desde la fecha en que se dictó el nuevo auto de detención, se encuentra dentro de los límites legales para considerar una detención preventiva constitucionalmente válida.

Posteriormente y a raíz de los megajuicios que se tramitaron contra bandas organizadas para la concretización del delito de tráfico ilícito de drogas, este Tribunal justificó incluso la duplicidad del plazo de 36 meses establecido por el Código Procesal Penal.

- d) Con relación a la detención policial: Finalmente, en la STC 6423-2007-PHC/TC, establecida como precedente vinculante, el TC, también ha ingresado a examinar los problemas que existirían en la detención policial e incluso en la detención judicial preliminar, no por razón de su arbitrariedad, supuesto en el cual procede un hábeas corpus correctivo, sino por motivo de las deficiencias administrativas que pueden darse para dar trámite a una orden de libertad, lo cual es materia de un hábeas corpus traslativo.

Así, el TC estableció la siguiente regla sustancial sobre el plazo necesario de la detención policial: “En suma, resulta lesiva al derecho fundamental a la libertad personal la privación de esta en los supuestos en que ha transcurrido el plazo máximo para la detención, o cuando, estando dentro de dicho plazo, se ha rebasado el plazo estrictamente necesario; en ambos casos, dicho estado de cosas queda privado de fundamento constitucional, y la consecuencia debe ser la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente para que sea este quien determine si procede la detención judicial respectiva o la libertad de la persona, sin perjuicio de las responsabilidades que señala la ley para la autoridad, funcionario o persona que hubieren incurrido en ellas”.

Por su parte, a efectos de operativizar dicha regla, estableció también una regla de orden procesal, enunciada en los siguientes términos: “El derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario de la detención o dentro del plazo máximo de la detención resulta oponible frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad personal que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico (detención policial, detención preliminar judicial, etc.). En ese sentido, a efectos de optimizar su tutela, lo que corresponde es que la autoridad competente efectúe un control de los plazos de la detención tanto concurrente como posterior, dejándose constancia del acto de control, disponiendo, si fuera el caso, las medidas correctivas pertinentes, bajo responsabilidad. Este control de los plazos de la detención debe ser efectuado tanto por el Representante del Ministerio Público como por el juez competente, según corresponda, sin que ambos sean excluyentes, sino más bien complementarios”.

EPÍLOGO

En fin, hay muchas cuestiones más que podríamos conversar, pero cabe recordar que el tema procesal de nuestra ponencia es puntual y esta referido a la autonomía procesal. Al respecto, simplemente quiero decir, como decían en mi antigua alma máter de Santiago de Compostela, pues en España y, principalmente, en Galicia hubo muchas mujeres a las que se calificaba de brujas en la época medieval: “Meigas non existen, mais haberlas, ¡haylas!” , que quiere decir: “Brujas no existen, pero de haberlas, ¡las hay!”.

A su turno, muchos procesalistas dirían: “Autonomía procesal no existe, pero que el tribunal la utiliza, ¡sí la utiliza!”. Entonces hay que utilizar esa autonomía con prudencia y a veces hay que ser audaz para que se dinamice la construcción de un Estado constitucional, que es uno de los reductos extraordinarios que hoy por hoy el pensamiento continental europeo viene mostrando en la vitrina comparativa, a partir de los Tribunales Constitucionales que vienen afirmando una marcha pletórica en todos los modelos donde prima este organismo jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

- RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia: La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional, Thomson / Civitas, Madrid, 2003.
- LANDA ARROYO, César: “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú”, en PRIORI POSADA, Giovanni (editor): Proceso y Constitución, Ara Editores, Lima, 2011, pp. 607 y ss.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail: “La autonomía procesal constitucional”, en Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina, Año II, N° 4, julio-diciembre, Lima, 2006, pp. 97-129.
- LEÓN VÁSQUEZ, Jorge: “El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal”, en Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina, Año II, N.º 4, julio-diciembre, Lima, 2006, pp. 29-61.
- MONROY GÁLVEZ, Juan: “La autonomía procesal y el Tribunal Constitucional: apuntes sobre una relación inventada”, en Themis, Lima, N.º 55, 2008, pp. 87-96.
- ABAD YUPANQUI, Samuel: “La creación jurisprudencial de normas procesales: la ‘autonomía procesal’ del Tribunal Constitucional. Un análisis preliminar”, en Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de doctrina y

jurisprudencia, Lima, Vol. XXX, junio de 2008, pp. 138-148.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “El amparo contra amparo” (entrevista formulada por Luis Sáenz Dávalos), en SÁENZ DÁVALOS, Luis (coordinador): El amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente, Cuadernos de Análisis y Crítica de la Jurisprudencia Constitucional N.º 3, Palestra, Lima, 2007, pp. 285 y ss.

CONTRIBUCIONES AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DESDE LA EXPERIENCIA COLOMBIANA

Hernán Alejandro Olano García, MSc., PhD.^{1}*

1. Introducción

El Derecho Procesal Constitucional es una disciplina nueva y en plena discusión, para denominar lo que desde los años treinta del siglo XX, en Europa, y desde los cuarenta del mismo siglo en América Latina, donde se conoce como jurisdicción constitucional.²

1. * Abogado, con estancia Post Doctoral en Derecho Constitucional como Becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España; estancia Post Doctoral en Historia en la Universidad del País Vasco como Becario de AUIP; Doctor Magna Cum Laude en Derecho Canónico; es Magíster en Relaciones Internacionales y Magíster en Derecho Canónico y posee especializaciones en Bioética, Derechos Humanos, Derecho Administrativo y Gestión Pública, Liderazgo Estratégico Militar, Gestión Ambiental y Desarrollo Comunitario y, Derecho Constitucional. Es el Director del Programa de Humanidades en la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad de La Sabana, donde es Profesor Asociado y Director del Grupo de Investigación en Historia de las Instituciones y DDHH “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé”. Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Individuo Correspondiente de la Academia Colombiana de la Lengua, Miembro Correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales y Miembro Honorario del Muy Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Cabildero Inscrito ante la Cámara de Representantes. Correo electrónico hernanolano@gmail.com Cuentas en Twitter e Instagram: @HernanOlano. Página www.hernanolano.org. El presente texto, es una nueva aproximación del tema a cargo del autor, dentro del proyecto de investigación titulado: “Historia de las Instituciones-I”, que bajo su dirección se realiza dentro del Grupo de Investigación en Historia de las Instituciones y DDHH “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé”. Investigador código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7662-4504> investigador en Google Scholar <https://scholar.google.com/citations?user=ctABJpEAAA&hl=es>

2. ...ya la Constitución de Cuba de 1940 (una de las más notables de su

Según Domingo García Belaunde, el tema de la jurisdicción constitucional, o mejor, del Derecho Procesal Constitucional, como se tiende a llamarlo hoy en día, se inicia muy tarde en América Latina, pero es interesante señalar que, en forma corporativa, se planteó por primera vez en el Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, que se llevó a cabo en noviembre de 1977 en el Hotel Sochagota de Paipa, con el auspicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y organizado por el profesor Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia³, y al cual asistieron⁴ Luis Carlos SÁCHICA, Jorge Mario García La Guardia, Héctor Gros Espiell, José Luis Cascajo Castro, Jorge Carpizo, César Quintero, Jorge Tapias Valdés, Germán José Bidart Campos, Jorge Reinaldo Vanossi, Humberto Quiroga Lavié, Pedro de Vega García, Domingo García Belaunde, Héctor Fix Zamudio, Humberto La Roche, J.A.C. Grant, Mauro Cappelletti, José Alfonso Da Silva y Luis Pinto Ferreira, quienes firmaron

época) programó, y tuvo en funcionamiento por muchos años, con luces y sombras, un “Tribunal de garantías constitucionales y sociales”, erigido como una Sala del Tribunal Supremo de Justicia (art. 172 de la Constitución), con competencias, por ejemplo, para dirimir los recursos de inconstitucionalidad y las consultas de jueces y tribunales sobre la inconstitucionalidad de normas, a más de entender en “la validez del procedimiento y de las reformas constitucionales” (art. 182), atribución, esta última, de indudable avanzada en lo que hace a la judicialización de las political questions. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Desafíos de la Jurisdicción Constitucional en América Latina. En: Revista Electrónica “Foro Constitucional Iberoamericano”, # 8, octubre a diciembre de 2004. Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Getafe-Madrid. <http://uc3m.es/uc3m/inst/MPG/JCI/revista>, página 1, consultada el 17 de febrero de 2005.

3. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Temis, Bogotá, D.C., 2001, página IX.

4. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Supremacía e Interpretación Constitucional. En: Constitución Política de 1991: Visión Latinoamericana. Ediciones Rosaristas, Bogotá, D.C., 1993, página 124.

una Declaración, entre la que se consignó: “Que la especificidad y complejidad de interpretación de las normas constitucionales requiere un órgano compuesto por juristas técnicamente capacitados con especial disposición intelectual y científica para comprender y dar contenido al sistema de valores y principios que inspiran los sistemas constitucionales democráticos. En este sentido, el caso de Colombia -donde se ha celebrado el Coloquio- ofrece la posibilidad más inmediata para la creación en América Latina de una jurisdicción constitucional especializada y efectiva, es decir, con una Corte o Tribunal diferenciado de la Corte de Casación y del Consejo de Estado, dadas las circunstancias positivas que han figurado su ya larga evolución constitucional”.

Hoy, son muchos los que se han dedicado a esta tarea de difusión del Derecho Procesal Constitucional desde que don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo divulgara el nombre en los pueblos de origen español desde 1933, entre ellos, Mauro Cappelletti, Germán J. Bidart Campos (fallecido en 2004), Héctor Fix-Zamudio, Néstor Pedro Sagüés, Rubén González Valle, Domingo García Belaunde, José Humberto Nogueira Alcalá, Giancarlo Rolla, Javier Henao Hidrón, Ernesto Rey Cantor, José Palomino Manchego, Eduardo Esteva, Eduardo Ferrer McGregor, Aníbal Quiroga León, Oscar Puccineli, Alfredo Gozaini, Víctor Bazán, Ernesto Jorge Blume Fortini, Humberto La Roche, Allan Randolph Brewer-Carías, Alfonso Noriega, Eloy Espinosa-Saldaña y Barrera, Boris Barrios González, Francisco Fernández Segado, Juan Carlos Hitters, Iván Escobar Fornos, etc. y más recientemente María Sofía

Sagüés, Gabriela Ávalos, Sebastián Franco, y un largo etc.

Algunos autores sostienen que el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina constitucional (por ejemplo, Peter Häberle), otros afirman que es mixta (es el caso de Néstor Pedro Sagüés, que yo comparto), y otros más que la disciplina es netamente procesal como lo sostiene Domingo García Belaunde⁵. Aunque en Brasil, Marcus Orione Gonçalves Correia, sostenga que es parte del proceso civil.

Don Niceto Alcalá Zamora y Castillo⁶, estima que fue Kelsen quien sentó las bases del Derecho Procesal Constitucional, que luego fue perfeccionada por Calamandrei y revitalizada por Cappelletti, Fix-Zamudio y González Pérez, entre otros.

Si bien es exacto que fue Kelsen el fundador de esta corriente, al crear la doctrina de la pirámide jurídica o normativa invertida, y al inspirar la de la jurisdicción constitucional concentrada, según don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, no es menos cierto que, como lo señala Sagüés⁷, los antecedentes remotos de la misma los podemos bucear en aquellas instituciones que tenían la finalidad de proteger la libertad y otras prerrogativas del hombre, como el hábeas corpus y el amparo; algunas de ellas de muy vieja data.

5. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Op. Cit., página 185.

6. Citado por: HITTERS, Juan Carlos. El Derecho Procesal Constitucional. En: *Ius et Praxis*, Revista de la Universidad de Lima # 21-22, 1993, página 117.

7. Citado por: HITTERS, Juan Carlos, artículo citado, página 118.

Siguiendo con la historia, fue don Niceto Alcalá Zamora y Castillo⁸, en su obra “Proceso, autocomposición y defensa”, estima que fue Kelsen quien sentó las bases del Derecho Procesal Constitucional, al escribir su texto “Las Garantías de la Jurisdicción Constitucional” y crear la doctrina de la pirámide jurídica o normativa invertida, y al inspirar la de la jurisdicción constitucional concentrada; y, sin embargo, no es menos cierto que, como lo señala Sagüés⁹, resultaría poco afortunado atribuirle a Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería, pues los antecedentes remotos del Derecho Procesal Constitucional los podemos buscar en aquellas instituciones que tenían la finalidad de proteger la libertad y otras prerrogativas del hombre, como el hábeas corpus y el amparo, así como el principio de supremacía constitucional; algunas de ellas de muy vieja data. Y luego, esta materia del Derecho Procesal Constitucional, fue perfeccionada por Calamandrei con su “Jurisdicción Constitucional de la Libertad”, publicada en 1955, y revitalizada por Cappelletti, Couture, Ferrajoli, Fix-Zamudio y González Pérez, entre muchos otros.

Precisamente, Néstor Pedro Sagüés, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, ha dicho que “el auge del Derecho Procesal Constitucional tiene también sus retos, como son el planteamiento de una mejor magistratura constitucional¹⁰, (en particular, idónea

8. Citado por: HITTERS, Juan Carlos. El Derecho Procesal Constitucional. En: Ius et Praxis, Revista de la Universidad de Lima # 21-22, 1993, página 117.

9. Citado por: HITTERS, Juan Carlos, artículo citado, página 118.

10. Sagüés dice que el juez constitucional debe trabajar con delicado equilibrio

en espíritu constitucional y en derecho constitucional, profundamente independiente y equilibrada en sus pronunciamientos, previendo las consecuencias de sus decisiones) y la articulación de procesos constitucionales realmente operativos, lo que significa proveer los medios del caso”¹¹.

Según nos comenta el profesor Eduardo Ferrer MacGregor Poissot, en su estudio titulado “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Intérprete Constitucional (Dimensión Transnacional del Derecho Procesal Constitucional)”¹², en la segunda mitad del siglo pasado (XX) la atención de los juristas en el ámbito mundial se ha dirigido al estudio sistemático de los diversos instrumentos de control constitucional, lo que ha motivado el nacimiento de una nueva disciplina jurídica que comparte de las estructuras del derecho procesal y del constitucional, disciplinas que se venían estudiando de manera separada, cuyas íntimas conexiones e hilos conductores puso en evidencia el procesalista uruguayo Eduardo Juan Couture. A pesar de los debates¹³ en cuanto a su denominación (justicia,

entre un desenvolvimiento dinámico y a la vez sensato de la Constitución, leal con el techo ideológico de la ley suprema, tratando de no verse atraído a aplicar la constitución según su gusto o paladar, torciéndola de acuerdo con sus apetitos ideológicos y manipulándola pro domo sua, haciendo pasar, llegado el caso, gato por liebre constitucional, página 183.

11. SAGÚÉS, Néstor Pedro. El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional: logros y obstáculos. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. # 2, julio a diciembre de 2004. Editorial Porrúa, México, página 186.

12. FERRER MacGREGOR, Eduardo (Coordinador). Derecho Procesal Constitucional. 4ª edición, Editorial Porrúa y Colegio de Secretarios de la Corte Suprema de la Nación, México, 2003.

13. Al respecto, según MacGregor, resulta interesante el debate entre Héctor Fix-Zamudio (“Sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, Centro de Estudios

jurisdicción, defensa, control de la constitucionalidad, etc.), existe una tendencia, que se ha venido acrecentando en los últimos años, en denominarla Derecho Procesal Constitucional¹⁴ y bajo este título se enseña en la actualidad en diversas universidades de América Latina, existiendo institutos con el mismo nombre y una codificación específica en algunos países, por ejemplo, la Ley Nacional núm. 7.135 de jurisdicción constitucional en Costa Rica (1989); el Código

Políticos y Constitucionales, núm. 3, 1999, p. 93-94) y Domingo García Belaunde (“Sobre la jurisdicción constitucional”, en la obra colectiva sobre la jurisdicción constitucional (compilador Aníbal Quiroga León), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, pp. 33 y ss.) El primero sostiene la necesidad de distinguir el “Derecho Procesal Constitucional” -rama del derecho procesal- del “Derecho Constitucional Procesal” -rama del Derecho Constitucional-, en tanto que el segundo afirma que tal distinción constituye un mero juego de palabras.

14. Cfr., entre otros, Elizondo Gasperín, Ma. Macarita, “Derecho Procesal Constitucional”, en Cuadernos procesales, México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, Año 4, julio de 2000, núm. 8, pp. 4-15; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Constitucional, Belgrano, Universidad de Belgrano, tomo I, 1999; *id.*, El Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías), México, UNAM, 1995; *id.*, “Derecho Procesal Constitucional, hoy: contenidos”, en *Ars Iuris*, Universidad Panamericana, núm. 10, 1993, pp. 161-172; Escobar Fornos, Iván, Derecho Procesal Constitucional, Managua, Hispamer, 1999; Gonçalves Correia, Marcus Orione, Direito Processual Constitucional, Editorial Saraiva, São Paulo, 1998; García Belaunde, Domingo, Derecho Procesal Constitucional, Estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz, Trujillo, Marsol, 1998; *id.*, “De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, *op. cit.*, núm. 3, pp. 121-156; Fix-Zamudio, Héctor, “Sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, *op. cit.*, pp. 89-119; *id.*, “Introducción al Derecho Procesal Constitucional”, en Memoria. El Colegio de México, México, 1997, pp. 27- 84; Rodríguez Domínguez, Elvito A., Derecho Procesal Constitucional, Lima, Grijley, 1997; de este mismo autor, “Derecho Procesal Constitucional, hoy: contenidos”, en *Ars Iuris*, Universidad Panamericana, núm. 10, 1993, pp. 161-172; Hernández Valle, Derecho Procesal Constitucional, San José, Juricentro, 1995; Rey Cantor, Ernesto, Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Cali, Ed. Universidad Libre, 1994; Benda, Ernst, y Klein, Eckart, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991; Sagués, Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional, Buenos Aires, Editorial Astrea, 4 tomos, 1988; Hitters, Juan Carlos, “El Derecho Procesal Constitucional”, en *Anales*, La Plata, núm. 30, 1987, pp. 109-185; Pestalozza, Christian, Verfassungsprozessrecht, Munich, 1982; González Pérez, Jesús, Derecho Procesal Constitucional, Madrid, Civitas, 1980.

Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán, en Argentina (1999) y el Código de Procedimiento Constitucional del Perú (2004), a lo que agregaríamos el Decreto 2067 de 1991 en Colombia, que no abarca sino el procedimiento ante nuestra Corte Constitucional, ya que el Derecho Procesal Constitucional Colombiano, comprende otro gran número de procedimientos que más adelante citaré.

No obstante las afirmaciones de Ferrer MacGregor, sobre la existencia de procedimientos constitucionales, que podrían identificarse con la existencia casi total de Tribunales Constitucionales en todo el continente americano, el maestro Sagüés¹⁵ nos dice que existen, por lo demás, situaciones de *hibernación* de Tribunales Constitucionales, como el de la provincia argentina de Tucumán (aunque ya posee su Código Procesal Constitucional), creado por la Constitución local de 1990 pero todavía no puesto en marcha; de *gestación* de un Tribunal o Sala Constitucional (como son las iniciativas que al respecto existen en la República Dominicana, para crear una de estas últimas); o de *transformación institucional* de una Sala Constitucional en un Tribunal Constitucional, según se ha propuesto para El Salvador. Chile, a su vez, presenta un supuesto de repotenciación de su Tribunal Constitucional, ya que varios proyectos de reforma constitucional procuran aumentar sus papeles y robustecer las competencias, en materia de control represivo de constitucionalidad.

15. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Desafíos de la Jurisdicción Constitucional en América Latina. En: Revista Electrónica "Foro Constitucional Iberoamericano", # 8, octubre a diciembre de 2004. Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Getafe-Madrid. <http://uc3m.es/uc3m/inst/MPG/JCI/revista>, página 3, consultada el 17 de febrero de 2005.

A este listado corresponde añadir dos vivencias muy distintas: Las de *rechazo* a la idea de programar una jurisdicción constitucional especializada (el caso más significativo puede ser el de Argentina, que salvo excepciones es fuertemente conservadora en mantener el esquema norteamericano original de judicial review, a más de los no tan infundados temores de pensar en un Tribunal Constitucional si la clase política no dá fuertes señales de erigirlo como ente genuinamente independiente e imparcial), y las de *mutación*, en el terreno de los hechos, de una Corte Suprema clásica en un cuasi Tribunal Constitucional, cosa que se produce si ella restringe o abandona sus competencias generales tradicionales en áreas no constitucionales, y se ciñe (o intenta limitarse) a sus roles preferentemente de control de constitucionalidad. México podría ser un ejemplo de tal tránsito, así como, fundamentalmente de facto, los Estados Unidos...

De acuerdo con el concepto del profesor Ernesto Rey Cantor¹⁶ en su breviario “Derecho Procesal Constitucional-Derecho Constitucional Procesal-Derechos Humanos Procesales”, **el Derecho Procesal Constitucional** es un conjunto de principios y normas jurídicas consagrados en la Constitución y la ley¹⁷,

16. REY CANTOR, Ernesto. Derecho Procesal Constitucional-Derecho Constitucional Procesal-Derechos Humanos Procesales Ediciones Ciencia y Derecho. Breviarios Jurídicos # 9, Bogotá, D.C., 2001, página 19

17. Lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae faciendae sunt, prohibetque contraria, que para Cicerón en De legibus, es la suprema razón, ínsita en la naturaleza, que ordena lo que debe ser hecho y prohíbe lo contrario. Para Gayo, lex est, quod populus iubet atque constituit, ley es lo que el pueblo ordena y establece. Por su parte, Papiniano recoge como definición: Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio, es decir, que la ley es el precepto común, el consejo de los hombres prudentes, la coerción de los delitos cometidos por propia voluntad o

que regulan los “procesos constitucionales” y los “procedimientos constitucionales”, cualquiera que sean los órganos encargados de preservar con justicia la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos humanos.

Otro profesor colombiano, Javier Tobo Rodríguez¹⁸, dice que el Derecho Procesal Constitucional, tiene por objeto estudiar las instituciones procesales establecidas por la propia Constitución; es decir, aquellas reguladas directamente por la Carta y en las que se señalan los principios básicos del derecho procesal, como los de tipicidad, juez natural, debido proceso, favorabilidad, presunción de inocencia y derecho de defensa.

Juan Carlos Hitters¹⁹, expresa que el Derecho Procesal Constitucional se erige como el conjunto de preceptos que regulan el proceso constitucional; es decir, se ocupa de los engranajes adjetivos que hacen viables las garantías nacidas en los ordenamientos fundamentales.

En otra acepción, el profesor Rubén Hernández Valle²⁰, dice que el Derecho Procesal Constitucional, debe entenderse como aquella disciplina jurídica

por ignorancia, la seguridad de la república com ún. Finalmente, para Santo Tomás, la ley es una ordenación de la razón al bien común promulgada por aquel que gobierna la comunidad. *Lex est quedam ordinario rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata.*

18. TOBO RODRÍGUEZ, Javier. La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad. 3ª. Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, D.C., 2004, página 275.

19. HITTERS, Juan Carlos, artículo citado, página 118.

20. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1995, página 36.

que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales.

Mientras que Peter Häberle, ya mencionado, dice que el Derecho Procesal Constitucional es un “Derecho Constitucional concretizado” y en contraposición Stern dice que el Derecho Procesal Constitucional debe permanecer dentro del ámbito del Derecho Procesal General, aún cuando debe reconocerse que la introducción y utilización de los principios y desarrollos de este sólo son posibles si se toma en cuenta la singularidad y características propias de la jurisdicción constitucional.

De allí se deducen, según Hernández Valle²¹, que es al legislador ordinario al que corresponde establecer las reglas del Derecho Procesal Constitucional y no a los tribunales encargados de aplicar el Derecho de la Constitución, al cual esta incardinado.

El profesor García Belaunde²², dice que para utilizar el Derecho Procesal Constitucional, hay que saber Derecho Constitucional, lo cual, lamentablemente, no siempre ocurre... De ahí la dificultad en el estudio del Derecho Procesal Constitucional, pues exige que los procesalistas conozcan algo de Derecho Procesal Constitucional, y que los constitucionalistas, hagan

21. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Op. Cit., página 90.

22. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional -Proceso y Constitución-, # 2, julio a diciembre de 2004, Editorial Porrúa, México, página 49.

lo propio con respecto al Derecho Procesal, lo cual, lamentablemente no es frecuente.

Incluso ha llegado a decirse que el Derecho Procesal Constitucional involucra dos aspectos: “Por un lado, la existencia de un proceso, y por otro, la presencia de valores o instituciones constitucionales en juego”.²³

Todo esto nos llevará a formular los principios generales, así como los de procedimiento, para un Código de Derecho Procesal Constitucional, ya que en el **CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA**²⁴, desafortunadamente no fueron incluidos los principios para lograr el adecuado tratamiento procesal en la protección de los procedimientos que buscan proteger los intereses difusos y colectivos y los demás procedimientos constitucionales.

Lo cierto es que en la bibliografía sobre el Derecho Procesal Constitucional, los estudiosos del tema no se han referido -salvo José Palomino en una publicación compilada en dos tomos a finales de 2005- a los principios del proceso y del procedimiento, ya que hasta ahora, treinta años después del Congreso de Paipa, están llegando a un acuerdo sobre la verdadera denominación de esta ciencia, de la que hemos visto la indistinta utilización de justicia constitucional, control constitucional, jurisdicción constitucional, defensa constitucional, derecho constitucional procesal y Derecho Procesal Constitucional.

23. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, artículo citado, página 53.

24. <http://www.apdp.com.ar/archivo/codigocolectivo.htm>

En el caso colombiano, los postulados propuestos por la Constitución de 1991, entre ellos los de administración de justicia, nos identificarán un sistema de derecho procesal, y con él un proceso judicial más humano, esto es, más comprometido con la realización de la justicia material, donde la principalística cumple como tarea primordial el ser garante de los derechos fundamentales de la persona.

El profesor Eduardo Ferrer MacGregor Poisot²⁵, siguiendo las ideas del maestro Héctor Fix-Zamudio, quien ha desarrollado su vez de manera notable el pensamiento de Mauro Cappelletti, el Derecho Procesal Constitucional se divide para su estudio en cuatro sectores, a saber:

- ***Derecho Procesal Constitucional de las libertades***, comprende el estudio de aquellos instrumentos consagrados en los textos fundamentales para la protección de los Derechos humanos.
- ***Derecho Procesal Constitucional Orgánico***, que se encarga del análisis de los procesos y procedimientos para proteger las atribuciones y competencias constitucionales de los órganos de poder. La jurisdicción constitucional orgánica esta integrada por un control abstracto de las normas constitucionales, que pretende resolver conflictos entre los órganos del poder relacionados con el alcance de sus facultades y competencias,

25. FERRER MacGREGOR, Eduardo. Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación - Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Fundap. México, 2002, páginas 52 - 53.

específicamente cuando se concretan en normas legales²⁶.

- ***Derecho Procesal Constitucional Transnacional***, constituye un sector que adquiere cada día más dimensiones debido a la importancia creciente de los pactos y compromisos internacionales, y de la creación de tribunales supranacionales, algunos de los cuales, por el bloque de constitucionalidad, también se integran, para el caso de Colombia al ordenamiento interno.
- ***Derecho Procesal Constitucional Local***, que comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger las normas y estatutos de las regiones o provincias.

La profesora Diana Ramírez se refiere también a dos clasificaciones que se derivarían a nuestro juicio de la definición del Derecho Procesal Constitucional:

- ***Derecho Procesal Constitucional Orgánico***: Integrado por la jurisdicción constitucional y en algunos casos ordinaria y contencioso administrativa, que tiene competencia para dirimir los distintos procesos constitucionales.
- ***Derecho Procesal Constitucional Funcional***: Aquel que comprende el estudio de las acciones procesales, de los procedimientos constitucionales aplicables y de las instituciones del proceso: los actos procesales y la cosa juzgada constitucional, entre otros.

26. TOBO RODRÍGUEZ, Javier, Op. Cit., páginas 278-279.

El mismo Ferrer MacGregor²⁷ agrega que según Fix-Zamudio, se requiere distinguir entre el “Derecho Procesal Constitucional”, que corresponde a una rama del derecho procesal, y el “derecho constitucional procesal”, cuyo estudio se encuentra en el ámbito del derecho constitucional. El primero tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. El segundo examina las instituciones procesales previstas en la Constitución -jurisdicción, garantías judiciales y garantías de las partes-.

Debido a que existe una interpretación evolutiva sobre la historia del Derecho Procesal, en nuestro caso, del Derecho Procesal Constitucional, debemos recordar, lo que dice Diego López²⁸, para quien esta historia es contada por los tratadistas de los años 60 y 70, que tenían una enorme responsabilidad de aclimatar en el país una posición política y jurídica. Los últimos 10 años de crisis y depresión económica en el país y las circunstancias políticas restaron credibilidad al proceso; cuando se defiende el nuevo Código, los colombianos no entienden que esas normas tienen más de 30 años, porque hemos llegado tardíamente a la modernidad...

Por eso, otros estudiosos como la profesora Diana María Ramírez Carvajal de la Universidad de Medellín,

27. FERRER MacGREGOR, Eduardo. Op. Cit., páginas 46 - 47.

28. LÓPEZ MEDINA, Diego. Los poderes de dirección del juez en el proceso. En: Nuevas tendencias del Derecho Procesal Constitucional y legal. Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 2005, página 72.

afirman que²⁹ el Derecho Procesal en Colombia, se ha sustentado tradicionalmente en un derecho procedimental formalista, estudiado, aprendido y enseñado desde la literalidad de la norma codificada, esencia que la autora cataloga de deficiente, sí, es cierto, pero y dónde están las soluciones sabiendo que todo el nuevo Derecho Procesal Constitucional se integra de procedimientos diseminados en multiplicidad de normas.

En lo que sí estamos de acuerdo con Ramírez Carvajal, es que el Derecho Procesal, expuesto con la denominación “eficacia” se une con el valor justicia para la realización y materialización de la norma, lo cual corresponde en parte a nuestra propuesta futura, el desarrollo práctico del derecho fundamental al debido proceso y sus ejes problemáticos: juez natural, doble instancia, respeto por los derechos fundamentales, contradicción, defensa y procedimiento adecuado.

Couture³⁰ entiende el proceso judicial, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión.

De aquí que sea necesario realizar una distinción entre proceso y procedimiento:

29. RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. Hacia la construcción de un Derecho Procesal Constitucional para Colombia. En: Nuevas tendencias del Derecho Procesal Constitucional y legal. Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 2005, página 78.

30. *Ibíd.*, página 93.

- **Proceso:** Conjunto de actos armónicos coordinados realizados por órganos investidos de jurisdicción, que conducen hacia un pronunciamiento de cualquier clase, a la creación o aplicación de la norma, sea con carácter general o individual. Supone el proceso, por ejemplo conflicto, pretensión, fuentes probatorias, medios de prueba y actos de impugnación. Carnelutti dijo que el proceso es “la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio”.
- **Procedimiento:** Forma que toman ese conjunto de actos armónicos (proceso) para encaminarse en forma armónica y coordinada a las finalidades del Derecho Procesal. Ejemplo: Presentación de la demanda, auto admisorio, inadmisorio o de rechazo; auto de apertura a pruebas, término de pruebas, traslado para alegar, etapa de valoración, sentencia, ejecución de la sentencia, etc. Igualmente, Carnelutti se refirió al procedimiento como “el orden y la sucesión para la realización del proceso”.

Sin embargo, ante tal formalismo, debemos advertir, como lo hace Uprimny³¹, que en Colombia se ha elevado a la aplicación constitucional los sistemas de procesamiento, lo cual implica: 1) Una visión filosófica de las diversas instituciones procesales; 2) Una visión de las corrientes sociológicas y filosóficas que nos impactan desde el Estado vigente; 3) La elaboración desde la investigación científica de una teoría interpretativa que conlleve la aplicación de la justicia

31. *Ibíd.*, página 84.

judicial hacia la justicia social; y, 4) La integración de las teorías de argumentación en la interpretación de la ley y en la valoración de la prueba.

Y de ahí que debamos recordar la definición del Derecho Procesal para partir de allí hacia un desarrollo de lo que ha de ser el Derecho Procesal Constitucional en Colombia, entendido como:

El conjunto de normas, conceptos y principios que regulan la función jurisdiccional propia del Estado para lograr la eficacia del Derecho objetivo y subjetivo y establecer quiénes son las personas que se sujetan a estas normas procesales y quiénes son las personas que actúan.

Esa es la razón que lleva a que Ramírez Carvajal afirme³² que con la inserción del derecho fundamental al debido proceso, como norma constitucional, el Derecho Procesal adquiere otra categoría, se le reconoce como uno de los mayores logros para la humanidad, pues es un precepto normativo que garantiza a cualquier persona la protección de sus derechos sobre los bienes de la vida, integrando unos principios indeclinables como: El juez imparcial, la inmediatez procesal, la defensa, el derecho de contradicción, todos ellos en desarrollo de los principios de justicia y legalidad que se desprenden de la filosofía del Estado.

Y por tanto, debemos analizar las tres cuestiones que se suponen necesarias en todo proceso:

1. Las propiamente procesales o formales.

32. *Ibíd.*, página 86.

2. Las sustanciales o de fondo.
3. Las probatorias.

Que se desarrollan así,

1.1. Las propiamente procesales o formales

1.1.1. Presupuestos procesales

- a. **Jurisdicción**, que es genérica, entendida como la capacidad general para administrar justicia. La jurisdicción emana de la ley y ninguno puede ejercerla si no le ha sido conferida.
- b. **Competencia**, que es específica, entendida como la capacidad especial para administrar justicia en un caso determinado. También se decía de ella, que es la facultad de un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República. Se determina con base en los aspectos subjetivo, objetivo, territorial, funcional y de conexión. Las características de la competencia, según Azula Camacho³³, son la improrrogabilidad, la indelegabilidad, el orden público y la aplicación de oficio.
- c. **Petición o demanda en forma**. Siempre que se cumplan las formalidades que el acto procesal exija, se considerará este válidamente producido y surtirá los efectos y consecuencias previstos en la ley procesal.

33. AZULA CAMACHO, Jaime. Op. Cit., página 217.

- d. **Capacidad para ser parte.** La tiene quien comparece al proceso reclamando un derecho o contra quien se reclama, sin consideración a que sea o no el titular del mismo.
- e. **Capacidad Procesal.** Es la aptitud para poder asumir la calidad de parte o ser sujeto en la relación jurídico procesal.

1.1.2. Elementos estructurales o definitorios de la acción o pretensión

- a. Sujetos de la relación jurídico material. Parte activa y pasiva, particulares contra particulares o estos en contra del Estado o el Estado contra los particulares.
- b. Objeto de la acción: La dispensación de la justicia mediante una decisión del juez o de la administración, según el proceso constitucional que estudiemos.
- c. Petitum - petición, causa petendi o causa de la pretensión, de hecho y de derecho, sobre la cual versa la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. También se conoce como el de actividad o formal y esta compuesto por el proceso, que es el medio por el cual la jurisdicción cumple su función.

1.2. Las sustanciales o de fondo

1.2.1. Relación de Derecho material.

1.3. Las Procesales

1.3.1. Requisitos de la pretensión

- a. Normas sustanciales, que crean derechos y obligaciones.
- b. Legitimación en causa, o titularidad del derecho, desde el punto de vista activo.
- c. Interés para obrar, el cual es el interés serio y actual para obtener el derecho que se pretende o la capacidad de acudir a la jurisdicción o a la administración, para que declare y satisfaga ese derecho, según el proceso constitucional que estudiemos.

La acción, entendida esta como un derecho público subjetivo, autónomo e independiente, del que puede hacer uso toda persona.

La pretensión es el derecho que pretende una persona, el cual comporta un poder jurídico, un deber jurídico y los sujetos (activo y pasivo).

1.3.2. El Derecho material en sí

Definido por Azula Camacho³⁴ como el conjunto de normas que regulan la conducta de los individuos en la sociedad y reglamentan las relaciones de intereses en orden a la distribución y goce de los bienes de la vida.

Antes de continuar, es necesario advertir que presentaré unos principios fundamentales del Derecho Procesal Constitucional y unos principios del Procedimiento Constitucional. Por tanto, es necesario

34. AZULA CAMACHO, Jaime. Op. Cit., página 6.

acudir a la doctrina, especialmente a José Fernando Ramírez Gómez³⁵, para quien:

“Se debe empezar por diferenciar los principios generales del derecho de los principios especiales de una rama del derecho o propios de una determinada disciplina jurídica. Entendiendo como integrantes de los primeros aquellas `normas que sirven para crear, interpretar e integrar todo el ordenamiento o una o varias ramas de él, o una o varias instituciones de esas ramas, o varias normas de esas instituciones’: Los principios de buena fe, seguridad jurídica, legalidad, orden, etc., serían ejemplos apropiados de principios generales.

Bajo la directriz de esos principios generales se reconocen los principios específicos de una rama del derecho (laboral, penal, procesal, etc.). Son estos unos principios particulares que a su vez pueden dar margen a unos principios de clase o subprincipios más concretos, piénsese en los principios del derecho probatorio como área del derecho procesal, o los principios rectores del contrato frente al derecho civil o comercial”.

En primer lugar, para el **Derecho Constitucional**, podríamos establecer unos principios derivados del art. 228 Superior³⁶, y del cual se desprenden los que en una

35. RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. Principios Constitucionales de Derecho Procesal. Primera reimpresión. Librería Señal Editora, Medellín, 2004, páginas 27 y 28.

36. ARTÍCULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

muy restringida enunciación rigen para el ejercicio de la Función Judicial, de acuerdo con lo establecido por la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia:

1. Alternatividad.
2. Autonomía e Independencia de la Rama Judicial.
3. Celeridad.
4. Derecho de Defensa.
5. Eficiencia.
6. Gratuidad.
7. Respeto de los Derechos.

Los cuales se explican de la siguiente forma:

1. **Alternatividad:** La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.
2. **Autonomía e Independencia de la Rama Judicial:** La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.

3. **Celeridad:** La administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.
4. **Derecho de Defensa:** En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados vigentes ratificados por Colombia y la ley. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla.
5. **Eficiencia:** La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley.
6. **Gratuidad:** La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las expensas, agencias en derecho y costos judiciales.

7. **Respeto de los derechos:** Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.

Después de estas referencias, encontramos lugar para presentar a nuestro juicio los que de acuerdo con la doctrina³⁷ son **Principios fundamentales del Derecho Procesal Constitucional**, los cuales, sin embargo, no corresponden a los explícitamente positivados, es decir, expresamente consagrados en normas, sino a los que la misma doctrina ha identificado y que en últimas, como estableció la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-406 de 1992³⁸, pueden identificarse también como normas jurídicas que consagran prescripciones generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida, atribuyéndoles además el carácter de la aplicabilidad inmediata a los reconocidos por la Constitución Política:

1. Principio de carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional del Estado.
2. Principio de igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso.
3. Principio de imparcialidad absoluta y rigurosa de los funcionarios judiciales.
4. Principio de independencia de la autoridad judicial.
5. Principio de la cosa juzgada.

37. AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal - Teoría general del proceso. Tomo I, 9ª edición. Temis, Bogotá, D.C., 2006.

38. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992.

6. Principio de la verdad procesal.
7. Principio de necesidad de oír a las partes, con el fin de garantizarles el derecho de defensa.
8. Principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley.
9. Principio de orden público e interés general.
10. Principio de publicidad del proceso. (No en todos).
11. Principio de que la sentencia no crea, sino que declara derechos.

Según José Fernando Ramírez Gómez³⁹, resulta antitécnica la doctrina por la imprecisión en las denominaciones como cuando identifica el principio de acceso o intermediación a la justicia, o el principio de transparencia; o por desmembrar en varios postulados un solo principio como ocurre con la publicidad y la motivación, pues la motivación no es otra cosa que la publicidad aplicada a la sentencia, o por presentar como fundamentos expresiones constitucionales que no lo son.

Estos principios se desarrollan así:

1. **Principio de carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional del Estado:** Sus consecuencias son prohibición de la indebida justicia privada y la obligatoriedad de las relaciones judiciales.

39. RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. Op. Cit., página 87.

2. **Principio de cosa juzgada:** Una vez decidido algún proceso constitucional, con base en las formalidades constitucionales y legales, las partes deben acatar lo decidido, sin que una vez en firme, pueda plantearse nuevamente el litigio.
3. **Principio de igualdad de las partes ante la ley Procesal:**“Audiatur ex altera partis”, es decir que las partes deben tener las mismas oportunidades durante el proceso.
4. **Principio de imparcialidad absoluta de los funcionarios judiciales:** Para evitar influencias en las decisiones y a su vez impide al juez conocer y resolver asuntos en lo que tenga comprometidos intereses personales, para evitar que sea juez y parte.
5. **Principio de independencia de la autoridad judicial:** Los funcionarios encargados de administrar justicia, deben actuar sin coacciones en el desempeño de sus funciones.
6. **Principio de interés público o general en el proceso:** Los procesos constitucionales son de interés público (salvo el derecho de petición en interés particular), pues persiguen y garantizan la armonía, la paz y la justicia social.
7. **Principio de necesidad de escuchar al acusado con el fin de garantizarle el derecho de defensa:** art. 29 de la Constitución.

8. **Principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley.** art. 6 del Código de Procedimiento Civil, las normas Procesales son absolutas e imperativas y excepcionalmente facultan a las partes para renunciar a ciertos trámites o beneficios como algunos traslados, a cobrar las costas, los perjuicios y honorarios de los auxiliares de la justicia.
9. **Principio de publicidad del proceso:** No debe haber justicia secreta, ni procedimientos ocultos.
10. **Principio de que las sentencias no crean sino que declaran derechos:** El juez, al decidir se limita a declarar los Derechos que, conforme a las normas positivas, tiene la parte.
11. **Principio de verdad procesal:** Para el juez, lo único importante es la verdad Procesal, y su decisión tendrá que ceñirse a ella. Verdad procesal es la nacida del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados al proceso.

Con el acatamiento de estos principios del Derecho Procesal Constitucional se estructuran los del procedimiento de la materia, los cuales regirán la actuación judicial o administrativa necesaria para dilucidar los inconvenientes que dentro de la aplicabilidad de los procesos puedan surgir.

Los principios del Derecho Procesal Constitucional también se pueden considerar como una ponderación para establecer con ellos un verdadero proceso jurisdiccional en los asuntos ordinarios con

el respeto debido a los principios constitucionales, como se dilucida del estudio de la profesora antioqueña Ramírez Carvajal.

Frente a ellos, podríamos expresar que tan solo en Perú y en Argentina se ha estudiado el tema. En el primero de estos países, hay tan solo cinco principios del Derecho Procesal Constitucional, contenidos en el Código de la materia:

- Principio de dirección judicial del proceso.
- Principio de economía.
- Principio de gratuidad en la actuación del demandante.
- Principio de intermediación.
- Principio de socialización procesal.

Y se consagran unos **finés esenciales** de los procesos constitucionales:

- Garantizar la primacía de la Constitución.
- Garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Mientras que en Argentina, es a través de la doctrina, particularmente del Procesalista y constitucionalista Osvaldo Alfredo Gozaíni, que hallamos los siguientes principios:

1. El proceso público: En la idea de tramitar un proceso sin restricciones ni ocultamente, donde

sean conocidas todas las actuaciones procesales y de cara al pueblo, como lo postula el sistema.

2. Una justicia independiente e imparcial, como expresión de la moralidad republicana que inspira un sistema de justicia digno.
3. Un proceso sin dilaciones indebidas, y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que el principio se emite, va dirigido al proceso penal, debe plantearse la necesidad de implementarlo igualmente para los demás tipos de procesos constitucionales.
4. En el campo penal: El principio de inocencia; el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; la asistencia letrada idónea; el derecho a comunicarse con el defensor, etc.
5. El derecho a la prueba, a la correcta valoración y a una sentencia fundada.

En el caso colombiano, se han podido identificar a partir de la jurisprudencia, más de veinte principios procesales, obtenidos a través de los fallos de revisión de acciones de tutela, entre los cuales encontramos:

- Principio de asistencia de abogado.
- Principio de autonomía funcional.
- Principio de buena fe.
- Principio de celeridad procesal.
- Principio de contradicción y derecho de defensa.

- Principio de cosa juzgada.
- Principio de debido proceso.
- Principio de derecho a la protección judicial.
- Principio de favorabilidad.
- Principio de gratuidad de la justicia.
- Principio de habeas corpus.
- Principio de igualdad.
- Principio de imparcialidad del juez.
- Principio de impugnación.
- Principio de independencia judicial.
- Principio de juez natural.
- Principio de la doble instancia judicial.
- Principio de libre acceso a la administración de justicia.
- Principio de no reformatio in pejus.
- Principio de non bis in idem.
- Principio de presunción de inocencia.
- Principio de prevalencia de los derechos de los niños.
- Principio de prevalencia de los tratados internacionales.
- Principio de prevalencia del derecho sustancial.

- Principio de prevalencia del interés general.
- Principio de primacía de los derechos inalienables.
- Principio de prohibición a la autoincriminación.
- Principio de publicidad.
- Principio de supremacía o prevalencia constitucional.

Por eso, vale decir que luego de estudiar los principios generales del Derecho Procesal Constitucional, nos adentraremos en los principios de procedimiento, pero antes, hay que recordar que el art. 6 del Código de Procedimiento Civil dispone que:

Las normas Procesales son de Derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Ahora sí, proponemos unos **principios de procedimiento dentro del Derecho Procesal Constitucional**, hasta ahora en construcción y por tanto, el catálogo no es exhaustivo, pues de cada uno de los procedimientos podrán salir más versiones de principios, que ya ajustados desarrollaremos en una publicación definitiva de este evento:

1. Principio de buena fe y lealtad procesal.
2. Principio de la carga de la prueba. En penal “In Dubio Pro Reo”.

3. Principio de la concentración del proceso.
4. Principio de la economía procesal.
5. Principio de la eventualidad o preclusión.
6. Principio de la impugnación.
7. Principio de la impulsión oficiosa del proceso.
8. Principio de la inmediación.
9. Principio de la motivación de las sentencias.
10. Principio de la oralidad o de la escritura.
11. Principio de la valoración de la prueba por el juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
12. Principio de las dos instancias.
13. Principio de prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos.
14. Principio del interés para intervenir en los procesos.
15. Principio del interés para pedir o contradecir una sentencia de fondo y legitimación en causa.
16. Principio dispositivo o inquisitivo.

Los cuales corresponden a la siguiente explicación:

1. **Principio de buena fe y lealtad procesal.** La ley Procesal sanciona la mala fe de las partes o de sus apoderados. Los arts. 71 a 74 del C.P.C. se refieren a estas materias y permiten al juez ejercer sus facultades officiosas para prevenir, investigar

y sancionar la mala fe y el fraude procesal. En cuanto a la lealtad Procesal, esta es consecuencia de la buena fe en el proceso.

2. **Principio de la carga de la prueba. En penal “In Dubio Pro Reo”.** Indica este principio al juez que, cuando falte la prueba o esta sea insuficiente, sobre los hechos en que debe basar su sentencia, debe resolver a favor de la parte contraria a la que tenía dicha carga.
3. **Principio de la concentración del proceso.** Se debe procurar que el proceso se desenvuelva sin solución de continuidad y evitando que cuestiones incidentales o accidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental.
4. **Principio de la economía procesal.** Justicia Más rápida, eficiente y barata. Debe tratarse de obtener el mejor resultado con el mínimo empleo de la actividad procesal. Lo ideal es seguir aquí el principio de gratuidad de la justicia del art. 1 del C.P.C.
5. **Principio de la eventualidad o preclusión.** Este principio busca el orden, la claridad, la rapidez en la marcha del proceso. Es muy riguroso en los procedimientos escritos y parcialmente en los orales. El proceso contiene unos períodos fundamentales: a) Presentación de la demanda o solicitud y contestación; adición o reforma; b) El de las pruebas: las no pedidas o practicadas oportunamente no se pueden llevar a los autos; c) Período de alegaciones que empieza una vez

vencido el anterior y concluye con la citación para sentencia; d) El de la sentencia, ello en primera instancia. En segunda instancia puede haber período de pruebas, de alegaciones y de sentencia.

6. **Principio de la impugnación.** Todo acto del juez que pueda lesionar los intereses o derechos de una de las partes, puede impugnarse de acuerdo con el art. 29 de la Constitución.
7. **Principio de la impulsión oficiosa del proceso.** Una vez iniciado el proceso, el juez o secretario, según el acto que se trata, deberá impulsar su marcha sin necesidad de que las partes lo insten a hacerlo y son responsables de cualquier demora ocasionada por su culpa. Claro que hay unos actos que deben tener origen en la voluntad expresa de las partes y hay otros simplemente de trámite.
8. **Principio de la intermediación.** Debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que intervienen en el proceso, los hechos que en él deban constar y los medios de prueba que se utilicen.
9. **Principio de la motivación de las sentencias.** Se busca aplicar el precepto del “magisterio moral”, según el cual las decisiones siempre han de estar fundamentadas y debe en ellas prevalecer el derecho sustancial.
10. **Principio de la oralidad o de la escritura.** De que exista el uno o el otro, depende la orientación general del proceso. En procesos escritos hay actuaciones orales como audiencias o incidentes

dentro de las inspecciones. Casi todos los países tienen un procedimiento mixto con predominio del oral y participación más o menos adecuada de la escritura. En materia penal, la oralidad es más conveniente.

11. **Principio de la valoración de la prueba por el juez**, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Para administrar justicia, es necesario la apreciación de los elementos probatorios que se lleven al proceso.
12. **Principio de las dos instancias**. Para que el derecho a impugnar las decisiones de los jueces sea efectivo, y el demandado pueda contradecir adecuadamente las pretensiones del actor, todo proceso puede ser conocido por dos jueces de distinta jerarquía si los interesados lo requieren oportunamente, mediante el recurso de apelación y en algunos casos, por conducta forzosa. El art. 3 de C.P.C. trae una excepción.
13. **Principio de prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos**. Se aplica siempre que sus normas no vulneren normas consagradas en la Constitución Política. De acuerdo con el art. 93 Superior, los derechos y libertades fundamentales no pueden ser limitados o suspendidos ni aun durante los estados de excepción.
14. **Principio del interés para intervenir en los procesos**. Se da a quienes tengan el interés jurídico, económico o familiar como el demandante y

el demandado y los terceros, estos últimos no intervienen a voluntad, sino por llamamiento y, es necesario el interés serio y actual para que se les reconozca el derecho de ser oídos, como intervinientes principales o adhesivos.

15. Principio del interés para pedir o contradecir una sentencia de fondo y legitimación en causa.

Es decir que quien formula las pretensiones en un proceso, debe tener interés legítimo, serio y actual en la declaración que se persigue, sin que sea suficiente ser él parte principal del proceso, para tener derecho a que se dicte sentencia de fondo.

16. Principio dispositivo o inquisitivo. Corresponde a las partes la iniciativa en general, y el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de estas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso, ni a establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos.

En el Código Civil Colombiano, se encuentran aplicaciones al principio inquisitivo:

- El proceso no puede iniciarse mientras no se haya presentado la demanda o petición.
- Se prohíbe al juez resolver sobre cuestiones no planteadas en el proceso, lo cual en los procesos constitucionales no siempre ocurre.
- Se permite a las partes poner fin al proceso por desistimiento o por la aplicación de alguno de

los mecanismos alternativos para la solución de conflictos.

- Por lo general, pueden las partes renunciar a los derechos procesales, al no usarlos en su oportunidad.

En el Código de Procedimiento Civil hay también aplicaciones de este principio, como:

- El juez debe declarar de oficio su incompetencia, art. 85.
- El juez debe declarar sus impedimentos para conocer del litigio, art. 141.
- Nulidades que afectan el proceso, art. 157.
- Impulsar oficiosamente la marcha del proceso y decretar de oficio las pruebas.

Además de estos aspectos, entre los que hay discusión, cabe indicar que el Derecho Procesal Constitucional, como disciplina nueva, esta integrado por **tres componentes: La Jurisdicción Constitucional, Los Procesos Constitucionales y La Magistratura Constitucional**, es lo que Ernesto Blume ha llamado “**La Trilogía Estructural Básica**”, que corresponde a un tema mucho más amplio por desarrollar a continuación.

2. Evolución de la defensa de la Constitución en Colombia

Me voy a referir a la evolución de la denominada teoría de la defensa de la Constitución, la que según

el profesor costarricense Rubén Hernández Valle⁴⁰, en su concepción generalmente aceptada, esta integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que establecen los ordenamientos constitucionales para conservar tanto la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales.

En Colombia, con anterioridad a 1991, muy pocos juristas se habían adentrado en el estudio del control por vía judicial, comentando y comprendiendo lo que luego de expedido el Acto Legislativo 01 de 1945⁴¹, vino a ser denominado el Título XX de la Constitución con la expresión jurisdicción constitucional. Sin embargo, ya antes se había dado 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.

Precisamente, la que se utilizó en Colombia por esas calendas, era la tesis de Carl Schmitt, para quien la defensa de la Constitución debía encargarse a un órgano político y no jurisdiccional, dado que la determinación sobre el contenido de un precepto constitucional es materia de legislación y no de la justicia. En esencia, esta tesis partía del supuesto de que entre las funciones políticas y judiciales existe una contradicción insalvable.

40. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1995, página 29.

41. Cfr. TOBO RODRÍGUEZ, Javier. La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad. Tercera edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, D.C., 2004, página 45.

Schmitt tuvo diferencias sobre el tema con el mismo Kelsen⁴², para quien la defensa de la Constitución se refiere específicamente a las garantías que deben establecerse sobre los órganos constitucionales con capacidad para violar la Constitución, control que no debe obviamente atribuirse a ningún órgano que esté en capacidad de cometer tales violaciones.

En efecto, la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y garantía de la Constitución, en cambio, significa certeza de que tales límites no serán rebasados. Terminaba argumentando Kelsen sobre el particular que “si una cosa es indudable, es que ningún órgano es menos idóneo a realizar esa tarea que aquel al cual la Constitución encarga en todo o en parte el ejercicio del poder y que tiene en sus manos la ocasión jurídica y los estímulos políticos para violarla. Ningún principio técnico-jurídico es tan generalmente compartido como aquel por el cual ninguno puede ser juez de su propia causa”.⁴³

Aun cuando no existía propiamente una Constitución, el control de constitucionalidad, o la defensa de la normatividad, empezó a perfilarse desde las propias instituciones jurídicas de la Colonia neogranadina, como lo recuerda el profesor y Expresidente de la República Alfonso López Michelsen⁴⁴, cuando afirma comentando las facultades de las audiencias que:

42. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Op. Cit., página 30.

43. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Op. Cit., página 31.

44. LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C.,

“De todas estas atribuciones, llama la atención especialmente la facultad que tenían las audiencias de suspender los autos y decretos de los Virreyes o Presidentes. Entre todas las instituciones de que nos ufamamos en Colombia, se destaca principalmente el control jurisdiccional de las leyes, atribuido a la Corte Suprema de Justicia por el Acto Legislativo 3 de 1910. Si bien el antecedente inmediato de este procedimiento puede ser el precedente norteamericano sentado por el Juez Marshall en los Estados Unidos, y según el cual la Constitución, la ley rígida, prima sobre las leyes ordinarias más flexibles, no es menos cierto que encontramos este antecedente remoto y autóctono en la Audiencia de Santa Fe. El principio de la supremacía judicial característico de la organización política de los Estados Americanos, no tiene como puede verse, un origen único en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. La supremacía del que pudiéramos llamar Poder Judicial, se manifiesta en la Colonia, a través de todas las facultades y atribuciones de las Audiencias. Y hasta un esbozo de separación de poderes se adivina en las disposiciones relativas a las cuestiones contenciosas que nunca podían ser del conocimiento de funcionarios administrativos como eran los Virreyes”.

A lo cual agrega el profesor Juan Manuel Charry⁴⁵, que la defensa de la Constitución se consagró en algunas de las cartas provinciales de Colombia durante la época de la Independencia: La Constitución de Cundinamarca, promulgada el 4 de abril de 1811,

1984, página 62.

45. CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. Justicia Constitucional. Derecho Comparado y Colombiano. Colección Bibliográfica Banco de la República. Bogotá, D.C., 1993, páginas 16 a 19.

ocho años después de la consolidación del control por vía incidental en Norteamérica, en el art. 9 del Título I, que simultáneamente apareció en el aparte 28 del Capítulo 9 de la Constitución venezolana de ese año; luego tenemos, la Constitución de Antioquia de 21 de marzo de 1812; la Constitución de Cartagena de 15 de junio de 1812, la reforma a la Carta de Cundinamarca de 18 de julio de 1812; la Constitución de Mariquita de 21 de junio de 1815, las Constituciones de Antioquia de 10 de julio de 1815, la de Neiva de 31 de agosto de 1815 y, en la de Tunja de 9 de diciembre de 1811, que establece en el art. 18 del Capítulo Segundo, lo siguiente: “Puede el Senado, sin que preceda acusación o denuncia de la Cámara de Representantes, pedir al Gobernador o Teniente Gobernador razón de cualquier decreto, orden, o determinación que se juzgue por las tres quintas partes de sus miembros, ser contra la Constitución o perjudicial a la causa pública. En caso de que no se dé una razón satisfactoria, podrá el Senado prevenir a cualquiera de los dos que suspenda su determinación”.⁴⁶

No podemos olvidar, como lo hacen los “historiadores”, que como no toda la actual Colombia había obtenido su independencia en 1812, también nos rigió como parte de la España de Ultramar la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, conocida como “La Pepa” o “La Gaditana”, por eso, los antecedentes de nuestro control de constitucionalidad, al que en España denominan hoy día “Cuestiones de Inconstitucionalidad”, exigen una revisión de la

46. SUESCÚN MONROY, ARMANDO. Las Constituciones de Boyacá. Publicaciones de la Academia Boyacense de Historia, Tunja.

normativa constitucional española inmediatamente anterior a la proclamación de la independencia. Esto obliga a detenerse en la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada, como ha quedado dicho, por el Rey Fernando VII° para la España Peninsular y sus provincias de Ultramar, la cual, como bien afirma don Juan Vicente Ugarte del Pino, es de imprescindible abordaje en toda incursión en los predios de la historia constitucional americana, al punto que prescindir de su estudio “...es como pretender comprender una obra de teatro ingresando al final del segundo acto...”⁴⁷.

El aserto es propio, dice Ernesto Blume Fortini⁴⁸, pues no hay que olvidar que la Constitución de Cádiz de 1812 operó como un elemento catalizador de los intereses españoles e hispanoamericanos, en el contexto histórico de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, en el que se estaban desarrollando las nociones del constitucionalismo liberal; que en su debate intervinieron diputados de toda América, entre ellos cuarenta y nueve hispanoamericanos, de los cuales varios eran colombianos (por ejemplo Luis Eduardo de Azuola y Rocha), que obtuvieron victorias parlamentarias sobre los peninsulares.

47. UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. Historia de las Constituciones del Perú. Lima, Editorial Andina S.A. 1978. página 23, citado por BLUME FORTINI, Ernesto. El Control de Constitucionalidad en el Perú. En: CD de Memorias del II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional. San José de Costa Rica, julio de 2004.

48. BLUME FORTINI, Ernesto. El Control de Constitucionalidad en el Perú. En: CD de Memorias del II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional. San José de Costa Rica, julio de 2004.

Efectuada la precisión que antecede, el examen del texto de la precitada Constitución de Cádiz de 1812 conduce a sus arts. 372 y 373, ubicados dentro del Capítulo Único de su Título X denominado “De la observancia de la Constitución, y modo de proceder para hacer variaciones a Ella”, que a la letra preceptuaban lo siguiente: “**Artículo 372.-** Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubiesen contravenido a ella”. “**Artículo 373.-** Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución”.

Se trataba de un encargo constitucional de control de naturaleza eminentemente política, pues su ejercicio correspondía a la Corte y al Rey, y constreñido a “infracciones” de carácter fáctico a la Constitución cometidas por quienes ejercían cargo público. No de transgresiones normativas a ella, vía normas inconstitucionales. Y, sin lugar a dudas revelador de la preocupación del legislador por la vigencia de aquella Norma Suprema y que viene a constituir un primer atisbo de control de la constitucionalidad en la dimensión aplicativa y de vigencia de la misma, concordante con la concepción de aquella época: Que era el Poder Legislativo el órgano al que correspondía el control de las infracciones a la Constitución.

Posteriormente, vinieron las Constituciones con carácter nacional, en primer lugar la Carta de Cúcuta de 30 de agosto de 1821 y luego, en su orden, la Constitución de 29 de agosto de 1830; la Ley Fundamental de 29

de febrero de 1832 y la Constitución de 20 de abril de 1843, que conservaron la teoría antijudicialista de la soberanía parlamentaria en lo referente al control de la Constitución. Por su parte, la Carta de 20 de mayo de 1853, le dio a la Corte Suprema de la Nación, la atribución de resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales contrarias a la Constitución y a las leyes de la República⁴⁹.

Más adelante se originó una nueva tesis dentro de las Constituciones, la cual se denominó “*judicialismo*”⁵⁰, según la cual, se permitía al Poder Judicial ejercer junto con el Legislativo, el control constitucional de las leyes, aunque con un carácter no tan amplio como se consagra hoy día, pues prevaleció la voluntad parlamentaria para decidir sobre la constitucionalidad de los actos de las legislaturas que hubiera suspendido la Corte Suprema de Justicia u objetado el Ejecutivo. Fue así como con la Constitución de la Confederación Granadina, promulgada el 22 de mayo de 1858, se dio un primer paso para el desplazamiento de competencias del control constitucional al Poder Judicial⁵¹. Luego vino la Constitución de 8 de mayo de 1863, que permitía a la Corte suspender, por unanimidad de votos, a pedido del Procurador General o de cualquier ciudadano,

49. DUEÑAS RUIZ, Óscar José. Control Constitucional. Análisis de un siglo de jurisprudencia. Segunda edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D.C., 1997, página 221.

50. También llamado constitucionalización de los ordenamientos y, más recientemente, degenerado en el activismo judicial.

51. Decía esa Carta: “Corresponde a la Corte Suprema suspender la ejecución de los actos de las legislaturas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación; dando cuenta de la suspensión al Senado, para que este decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”.

la ejecución de los actos administrativos de las Asambleas de los Estados, cuando fueren contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión; y años más tarde, la del 4 de agosto de 1886, que nos rigió hasta el 4 de julio de 1991.⁵²

Con la Carta de 1886, 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 una acción pública que podía ejercer cualquier ciudadano contra las leyes -incluidas las aprobatorias 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.

En la Carta de 1886, se adoptó en principio, un mecanismo previo de control constitucional preventivo en cabeza del Ejecutivo respecto de los proyectos de ley, lo que desde entonces se conoce como “*objeciones presidenciales*”, cuando eran enviadas las leyes

52. En realidad, hasta el 7 de julio de 1991, fecha de su publicación definitiva en la Gaceta Constitucional # 114 de la Asamblea Nacional Constituyente, como se estableció en la Sentencia C-143 de 1993 de la Corte Constitucional, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

aprobadas por el Congreso para sanción ejecutiva, estableciéndose con ello, una especie de control político que en cierta forma servía para vetar las futuras leyes, bien por razones de inconstitucionalidad material o por vicios en los trámites para su formación, hasta tanto no se subsanasen las deficiencias que observara el Presidente con respecto a la Constitución.

En este caso, si las cámaras legislativas insistieren en su sanción, el proyecto de ley, pasaba luego a consideración de la Corte Suprema de Justicia, para que la Sala Constitucional de ella, dentro del término de seis días, decidiera sobre su exequibilidad y, en caso de que el fallo de la Corte fuese afirmativo, el Presidente era obligado a sancionar la ley, pero si era negativo, se archivaba el proyecto. Ese era el control de tipo preventivo, porque la intervención de la Corte ocurría antes de que ese acto objetado hubiese pasado al ámbito del derecho positivo.

En 1887, se expidió la Ley 57, que en su art. 5 expresó: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”, sobre el mismo, la Doctora por la Universidad de París II (Panteón Assas), Natalia Bernal Cano⁵³, al comentar la norma dice que (E) ste precepto constituye una innovación legislativa en materia de excepción de inconstitucionalidad, es el preludio a lo que posteriormente sería la regulación de la reforma constitucional de 1910, se trata de la vía incidental de excepción por inaplicación de una

53. BERNAL CANO, Natalia. La Excepción de Inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, página 130.

norma inferior contraria a la Carta Política, se trata de la introducción del control constitucional de carácter difuso en nuestras instituciones políticas, lo cual trajo consigo innumerables críticas...”, por eso, el art. 5 no duró mucho tiempo, ya que el mismo año, el legislador expidió la Ley 153 de 1887 que consagró en su art. 6 lo siguiente: “Una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe”. Al respecto, el profesor Charry hace referencia a un concepto emitido por el constitucionalista Luis Carlos SÁCHICA, cuando dijo: “Se incurrió en el error de confundir al constituyente con el legislador y a la ley con la Constitución”⁵⁴.

Finalmente, antes de llegar a lo que fue el Acto Legislativo de 1910, la Ley 2 de 1904 consagró la base para el establecimiento del control jurisdiccional de constitucionalidad así: “**Artículo segundo.** La Corte Suprema de Justicia, a solicitud de cualquier ciudadano y previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidirá definitivamente en Sala de Acuerdo, sobre la validez o nulidad de los decretos legislativos, de conformidad con el artículo anterior, y con lo dispuesto en la Constitución Nacional sobre la materia”⁵⁵. Ese

54. SÁCHICA APONTE, Luis Carlos. *Constitucionalismo Colombiano*. Editorial Temis, Bogotá, 1980, página 98. Citado por CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, *Op. Cit.*, página 27.

55. Antes de que se decidiera adoptar esta norma, a la Corte Suprema de Justicia no le estaba asignada legalmente la atribución de interpretar en forma general la Constitución o la ley sustantiva. Cabe advertir que la Ley 2ª de 1904 fue derogada por la ley 8ª de 1904.

era el que Juan Hernández Sáenz⁵⁶ llamó control a posteriori, ya que era el realizado por la Corte mediante la intervención ciudadana, a través de la acción pública o popular de inexecutableidad. Desde ese punto de vista, los colombianos se encontraban, como individuos, entre el grupo de ciudadanos más poderosos del mundo. Si alguno de ellos consideraba que una ley o un decreto administrativo violaba la Constitución, podía directamente y sin apoderado presentar una demanda en su contra sin necesidad de demostrar un interés personal con el objetivo de defender la supremacía de la Carta y la integridad del orden constitucional⁵⁷.

Agregaba el Magistrado Hernández Sáenz⁵⁸: Abarca ese control -el jurisdiccional-, cuatro aspectos fundamentales: Primero, todas las leyes expedidas por el Congreso Nacional; segundo, los decretos leyes dictados por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias precisas y temporales que le haya conferido el Congreso; tercero, respecto de los decretos dictados por el Presidente en virtud de autorización especial del Congreso para ejercer determinadas funciones dentro de la órbita constitucional que, como es obvio, no puede ser otra que la que le es propia a la Rama Ejecutiva o Administración Pública; y cuarto, respecto de los decretos leyes que

56. HERNÁNDEZ SÁENZ, Juan. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1984, página 18.

57. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. segunda edición, Editorial TEMIS, Bogotá, D.C., 1997, páginas 336 - 337.

58. HERNÁNDEZ SÁENZ, Juan. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1984, página 18.

dicte el Presidente de la República para ponerse en ejecución los planes de desarrollo económico y social y de las obras públicas que, luego de ser presentados oportunamente al Congreso, no haya alcanzado este a decidir sobre ellos dentro del plazo que le concede el art. 80 de la misma Constitución.

Luego de los anteriores antecedentes, se ajustó el control constitucional en 1910 con el Acto Legislativo No. 3 de ese año, que expresó: “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 esta y las leyes, tendrá la siguiente: decidir definitivamente sobre la inexecutable de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”, a quien se le concedía un plazo de treinta días para rendir concepto y, expirado ese plazo, la Sala Constitucional disponía de treinta días para estudiar el asunto y redactar su proyecto de fallo que dentro de los siguientes sesenta días era discutido por la Sala Plena.

Este control, reglamentado entre otras por la ley 130 de 1913, además tuvo sustento en los arts. 2 y 10, de la Carta de 1886⁵⁹, así como en los arts. 214 y 215

59. “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 esta y las leyes, tendrá las siguientes:

“1. Decidir definitivamente sobre la executable de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento en su formación.

“2. Decidir definitivamente sobre la executable de todas las leyes y decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76,

que se citan, y que encargaban a la Corte Suprema de Justicia la función de decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes.

Corresponde justamente a Colombia el honor de haber sido el primer país que le dio toda la importancia que merece el control constitucional de las leyes, confiriéndole a la Corte Suprema de Justicia la atribución de decidir, en definitiva, sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hubieren sido objetados por el gobierno como inconstitucionales (art. 151 de la Constitución de 1886); pero lo más digno de notar, es que no se limitó a ese medio de control, de suyo tan importante, sino que en la reforma de la Carta que se efectuó en 1910, se precisó definitivamente el control constitucional de las leyes, al hacerlo operante por vía de acción como se aprecia con la sola lectura del art. 41 de dicha reforma, y como si esto no bastase, por el art. 215 de la Carta, quedó consagrado, también, el control constitucional de las leyes por vía de excepción, de acuerdo con el sistema norteamericano.

ordinales 11, 12 y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

“En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación en los casos de los artículos 121 y 122, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.

“La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena previo estudio de la Sala Constitucional compuesta por Magistrados especialistas en Derecho Público.

“El Procurador General de la Nación y la Sala Constitucional dispondrán cada uno, de un término de 30 días para rendir concepto y ponencia, y la Corte Suprema de Justicia de sesenta días para decidir. El incumplimiento de los términos es causal de mala conducta que será sancionada conforme a la ley.

Artículo 215. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.

CASTRO CASTRO, Jaime. Constitución Política de 1886. Editorial Oveja Negra, Bogotá, D.C., 1988.

Fuera de las atribuciones precisas que la Carta Magna colombiana le confería sobre el particular a la Corte Suprema de Justicia, los jueces podían declarar que determinada norma legal violaba la ley superior de la República, en procesos en que alguna de las partes así lo solicitare por vía de excepción o aun de oficio por el juez cognoscente, como se colige de lo preceptuado en el art. 215 de la Carta anterior, cuando disponía que: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.⁶⁰

En esta evolución, señalamos también que ya en 1950, el profesor Eustorgio Sarria, planteaba la creación de un Tribunal de garantías constitucionales en los siguientes términos: “La reforma es indispensable, y la fórmula para adoptar podría ser esta: toda ley se presume constitucional a menos de declaración expresa en contrario del Tribunal de garantías constitucionales, hecha de oficio o a solicitud de cualquier funcionario público, persona natural o jurídica...Este tribunal de garantías constitucionales podría organizarse en forma semejante a la establecida en la Constitución española de 1931, art. 121: Con jurisdicción en todo el territorio nacional e integrado por sendos representantes de las ramas del poder público y dos representantes de las facultades o escuelas de derecho”⁶¹; luego, mediante un Decreto de Estado de sitio, el # 1762 de 1956, el presidente, General Gustavo Rojas Pinilla, creó una

60. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Constitución Política de Colombia -Comentada y Concordada- sexta edición. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2002.

61. TAFUR GALVIS, Álvaro. Estudios de Derecho Público. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, D.C., 1997, página 35.

“Sala de Negocios Constitucionales”, a la que se le asignaban funciones autónomas de decisión en materia de inexequibilidad, compuesta por ocho Magistrados y designados por el Ejecutivo al iniciarse el sistema⁶².

Después, la Corte Suprema de Justicia contó con una Sala Constitucional, creada en ejercicio de autorización especial conferida por el art. 76, inciso e), del Acto Legislativo Número Uno de 1968, reglamentado por el Decreto 432 de 1969; 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 en Sala Plena valiosos estudios a las normas asignadas a su control. Este modelo fue calificado por Georges Vedel⁶³, insigne tratadista de Derecho Público francés, Profesor de la Universidad de París y miembro del Consejo Constitucional de Francia, como: “Un monumento a la sabiduría jurídica”.

Coincidiendo con el alcance que le ha fijado la doctrina nacional e internacional, en varios pronunciamientos, esta Corporación se refirió a la jurisdicción constitucional, como “aquella que esta instituida para asegurar el respeto de las normas básicas constitucionales, tanto las orgánicas como

62. MEDINA MOYANO, Ricardo. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1984, página 66.

63. GAONA CRUZ, Manuel. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1984, página 89.

las dogmáticas y, por supuesto, las tendientes a la convivencia pacífica y a la garantía de los derechos fundamentales”; lo que implica a su vez “asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (leyes, sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos”.⁶⁴

Entre 1975 y 1976, y con el propósito de dotar a Colombia de una verdadera jurisdicción constitucional, funcionó la “Comisión Echandía”, la cual, preparó por deseo del gobierno del Presidente López Michelsen el proyecto de Acto Legislativo que convocaba a: “La Pequeña Constituyente” para reformar el sistema de jurisdicción constitucional y reordenar el régimen departamental. “El Presidente de la República apoyaba firmemente de nuevo la creación de una Corte Constitucional, pero la oportunidad y la necesidad de aquella trascendental reforma -en todos sus objetivos- hubieron de frustrarse por la insólita -y gravemente nociva para el orden constitucional colombiano- temeridad de la honorable Corte Suprema de Justicia que invalidó de facto el campo de operación y poder del constituyente para invalidar en 1978 aquel acto de reforma de la Constitución”⁶⁵. Se concluyó por entonces que al perfeccionar el acuerdo en torno a la enmienda legislativa por parte de las dos colectividades políticas que conformaban el gobierno, excluyeron la creación de este órgano constitucional.

64. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1158 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

65. RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1984, página 30.

Ahora bien, dentro del contexto que la identifica como el instrumento de equilibrio de poderes y como el medio eficaz de hacer efectivo los derechos fundamentales, en Colombia, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, como órgano supremo de la jurisdicción constitucional se encuentra la Corte Constitucional, con fundamento en el art.241 de la Carta que le ha confiado a ella “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”.

Durante la vigencia del Acto Legislativo 01 de 1979, declarado inexecutable por la misma Corporación en 1981, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tuvo funciones autónomas, que luego retornaron a la Corte en Pleno.

En cumplimiento de ese objetivo, la norma citada le asigna competencia exclusiva y excluyente para ejercer el control abstracto de constitucionalidad (no igual al modelo concentrado continental europeo o austriaco⁶⁶, tampoco igual al modelo de revisión judicial americano o de *judicial review*⁶⁷, (cuyo auténtico inicio

66. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-560 de 1999, M.P., Dr. Carlos Gaviria Díaz. El control abstracto de constitucionalidad en Colombia es difuso, por cuanto no es ejercido por un solo órgano del Estado sino por varios: la Corte Constitucional como función esencial y permanente, en su carácter de supremo órgano de la jurisdicción constitucional y el Consejo de Estado, por vía residual. Así mismo, los jueces de tutela, los tribunales administrativos (Sentencia C-180 de 1994) y las autoridades que deben dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad.

67. Característica fundamental de la revisión judicial, que procede del sistema anglosajón del Common Law, y específicamente del Case Law, es la libertad del juez a la hora de interpretar la ley, el Statute Law (o derecho legal ordinario o secundario según Álvaro Tafur Galvis). Ciertamente el Statute Law no puede prevalecer sobre la opinión del juez, en tanto la ley (Statute) sea constitucional. Pero el juez tiene la facultad de aclimatar la ley a la Constitución o de inaplicarla en el supuesto que la estime inconstitucional. La orientación práctica de los ordenamientos anglosajones deriva en la consideración de la ley como Derecho, a partir de su aplicación por los jueces, y siempre del modo en que los jueces la interpretan. Por ello, el juez constituye

fue el fallo de 1803 del Juez John Marshall (que era ingeniero), en la famosa sentencia del 24 de febrero de ese año, sobre el caso *Marbury Vs. Madison*), a la que tirios y troyanos reconocen como pieza sustancial del derecho público; ni al modelo político francés, ni igual a otros como a los que se refiere Blume Fortini, quien habla de un subsistema Dual⁶⁸ o Paralelo y de un subsistema Mixto⁶⁹), de los actos reformatorios de la Constitución y de las leyes en sentido formal y material -entre otras competencias⁷⁰-, y para ejercer un

en los ordenamientos basados en el Common Law, una pieza fundamental en el proceso de aplicación del Derecho, y ello porque no se limita a aplicar la ley, sino que al hacerlo culmina el proceso de integración de la misma en el ordenamiento, mediante la interpretación que realiza de los preceptos legales.

La facultad de revisión judicial de los jueces (judicial review) no es sino la culminación de esa relativa libertad frente a la ley, amparada ahora no en los principios tradicionales del ordenamiento, sino el texto escrito de una Constitución que se aplica por encima de las leyes.

Las diferencias entre el sistema europeo de control de constitucionalidad y el sistema americano, se derivan de esa facultad antedicha de los jueces: Jurisdicción concentrada frente a jurisdicción difusa, vía de acción frente a vía de excepción, declaración de inconstitucionalidad con anulación frente a declaración de inconstitucionalidad con inaplicación. Cfr. En: BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. Monografías Civitas. Editorial Civitas, Madrid, 1990, página 31.

68. El Sub Modelo Dual o Paralelo se da como resultado de la aplicación de dos modelos originarios, que coexisten en forma independiente y autónoma, manteniendo cada uno de ellos sus propias características. BLUME FORTINI, Ernesto. Op. Cit., página 30.

69. El Sub Modelo Mixto se da como resultado de la combinación, mezcla o fusión de dos o más modelos originarios, creándose uno nuevo, que viene a ser distinto de los originarios que le sirvieron de base, como es el caso del modelo aplicado en el Brasil, en el cual a pesar de la existencia de un control disperso de constitucionalidad se ha incorporado la acción directa de constitucionalidad, bajo las modalidades interventiva y genérica (la primera cauteladora del orden interno respecto de los ordenamientos federales y la segunda cauteladora de la constitucionalidad de las leyes en general). BLUME FORTINI, Ernesto. Op. Cit., página 29

70. ARTÍCULO 241. 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:

“1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su

control concreto (denominación germánica) mediante la revisión eventual de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales y de los directamente conexos con ellos, e incluso, de los llamados “derechos fundamentales innominados”⁷¹, de creación pretoriana, como el

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 por 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. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”.

“11. Darse su propio reglamento”.

“Parágrafo. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto. En: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, Ob. Cit.”.

71. Según el Estudio Ocasional del CIJUS de la Universidad de los Andes,

derecho a la subsistencia (sentencia T-005 de 1995), el derecho al amor (sentencia T-416 de 1995), el derecho al olvido (sentencia T-551 de 1994), el derecho a la maternidad reforzada, el derecho al mínimo vital, etc., último que se desprende de la interpretación sistemática de la Constitución y que utilizan esta noción como un conjunto de condiciones materiales garantizadas por un rango más o menos amplio de derechos prestacionales, en las que la dignidad parecería ser el determinante último de toda la argumentación.

Acorde con una interpretación armónica y sistemática de la Constitución Política (arts. 86, 88, 89, 237 y 241) y de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996 y Ley 585 de 2000), la jurisprudencia de la Alta Corporación constitucional,⁷² viene sosteniendo que, desde el punto de vista estrictamente funcional, la jurisdicción constitucional no solo esta integrada por la Corte Constitucional, que en todo caso se constituye en el máximo Tribunal de esa jurisdicción, sino también por el Consejo de Estado -que en forma residual ejerce un control abstracto de constitucionalidad dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad- y por todos los jueces y corporaciones de justicia que tienen a su cargo el conocimiento de las acciones de tutela y de las demás acciones y recursos que han sido estatuidas para hacer efectivos los derechos constitucionales, garantía de la

ya citado, página 11, los jueces constitucionales reconocen derechos fundamentales innominados a partir de una concepción holista de la Constitución, citando a Ronald Dworkin en *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, y a Richard Posner en *Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up: The Question of Unnumerated Constitutional Rights*.

72. Cfr. la Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa) y los Autos 029 de 1996, 069 de 1999 y 087 de 2001, entre otros.

libertad y ese derecho a la libertad, es el derecho a la Constitución, como lo decía Manuel Gaona Cruz⁷³.

La Jurisdicción Constitucional colombiana fue creada por el Constituyente de 1991 como una función pública a cargo de distintos organismos, cuya misión es la de preservar la supremacía e integridad de la Constitución, asegurando que todos los poderes públicos actúen dentro de los límites que ella misma establece y, mediante el diseño de diversos mecanismos⁷⁴, muchos de ellos en el acápite dedicado al Derecho Procesal Constitucional.

Por tanto, la función judicial encargada a la Corte Constitucional, así como las atribuciones y potestades que le son asignadas constitucional y legalmente para cumplirla, deben entenderse enmarcadas dentro de los límites que la Carta de 1991 establece, basados en el contenido del derecho de acceso a la administración de justicia, el que implica también el derecho a recibir un tratamiento igualitario.⁷⁵

73. Solo el derecho a la Constitución es el que justifica, explica y exige la vigencia del sistema de control de constitucionalidad sobre los demás actos jurídicos subalternos. Y la mejor garantía para el asegurado es otorgar a los jueces de estos una independencia o autarquía de origen, de organización y de acción frente a los poderes políticos de decisión, gubernamentales, legislativos y administrativos, que son los que expiden precisamente aquellos actos. De no existir tal autonomía el control se reduciría a una estrategia institucional de simulación de guarda de la Constitución, o de control político, ineficaz y conciliatorio como el de la IV República Francesa en la que el Comité Constitucional terminaba recomendando al legislador modificar la Constitución para adecuarla a la ley, o sea, declarando desueta o ilegal la Constitución y no inconstitucional una ley... GAONA CRUZ, Manuel, Juan. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1984, página 73.

74. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-739 de 2001, M.P., Dr. Álvaro Tafur Galvis.

75. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104 de 1993. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. En: www.noti.net. Allí se dijo: "El artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 idem, de tal manera que el derecho

Para la jurisprudencia⁷⁶ colombiana⁷⁷, la igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, esta consagrado en el art. 13⁷⁸ de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades, recogidos en el Test de Igualdad.

Estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que

a 'acceder' igualmente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales."

76. *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.* En el Digesto se lee la definición de Ulpiano, para quien la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto.

77. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. En: www.noti.net

78. "ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan." En: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, Op. Cit., página 87.

las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley. La primera esta dirigida a impedir que el Legislador o el Ejecutivo en ejercicio de su poder reglamentario concedan un tratamiento jurídico a situaciones de hecho iguales sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. La segunda, en cambio, vincula a los jueces y obliga a aplicar las normas de manera uniforme a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, lo que excluye que un mismo órgano judicial modifique arbitrariamente el sentido de decisiones suyas anteriores.

La comprensión integrada de estas dos garantías resulta indispensable para darle sentido a la expresión “imperio de la ley”, al cual estan sometidos los jueces, según el art. 230 de la Constitución colombiana⁷⁹, al establecer que los jueces, en sus providencias, sólo estan sometidos al imperio de la ley, y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial, lo que se complementa con el art. 228 Superior

79. En efecto, cualquier sistema jurídico, ético, moral y en fin, cualquier sistema de regulación que pretenda ordenar la conducta social humana necesita reducir la multiplicidad de comportamientos y situaciones a categorías más o menos generales. Sólo de esta forma puede dicho sistema atribuir consecuencias a un número indeterminado de acciones y situaciones sociales. En un sistema de derecho legislado, estas consecuencias jurídicas se atribuyen mediante la formulación de normas escritas, generales, impersonales y abstractas. Estas características de la ley, si bien son indispensables para regular adecuadamente un conjunto bastante amplio de conductas sociales, implican también una limitación en su capacidad para comprender la singularidad y la complejidad de las situaciones sociales, y por lo tanto, no es susceptible de producir por sí misma el efecto regulatorio que se pretende darle, y mucho menos permite tratar igual los casos iguales y desigual los desiguales. Para que estos objetivos sean realizables, es necesario que al texto de la ley se le fije un sentido que le permita realizar su función normativa. Ver C-836 de 2001, ya citada.

según el cual la administración de justicia⁸⁰ es una función pública, sus decisiones son independientes, sus actuaciones son públicas y permanentes y su funcionamiento es desconcentrado y autónomo.

La autonomía judicial y el tradicionalismo de fuentes⁸¹, son los lemas que adoptó la Corte Constitucional durante su primera década con mayor propiedad. Sobre el primero -autonomía judicial-, se expresó en los siguientes términos:

“...La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la integridad y supremacía de la Constitución porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”.⁸²

80. La Administración de Justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional. Cfr. Ley 270 de 1996, artículo 1°.

Los principios de la Administración de Justicia son: Derecho de defensa, celeridad, autonomía e independencia de la rama judicial, gratuidad, eficiencia, alternatividad y respeto de los derechos.

81. El tradicionalismo de fuentes se expresa en las interpretaciones que la Corte da a diferentes normas, entre las cuales esta el artículo 21 del Decreto-Ley 2067 de 1991, al expresar este que: “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”, disposición que sugiere una amplia consagración del valor obligatorio del precedente constitucional, aunque para la Corte Constitucional sólo se dedica a reiterar el texto del art. 243 Superior, lo cual ratifica en la siguiente expresión: “En rigor, no quita ni pone rey, por ser redundante”, Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. C-113 de 1993, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

82. Esta frase del doctor Jorge Arango Mejía, se parece a la respuesta que

Esta función pública de administrar justicia, así como la función creadora del juez en su jurisprudencia, se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo a la realidad social sin ir en contra de la ley⁸³.

Ferdinand Lasalle se da en su estudio ¿Qué es una Constitución?, cuando se pregunta lo siguiente:

“Empero, ¿cuándo es lícito afirmar de una Constitución escrita que es buena y duradera?

La respuesta es evidente, señores, y como es lógico, se deriva de cuanto hemos expuesto: cuando dicha Constitución escrita corresponda a la Constitución real, a aquella que se basa en los factores de poder imperantes en la nación. Allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país”. En: LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?. Editorial Panamericana. Bogotá, D.C., 1996, página 29.

83. “Se trata de no burlar la ley y, a la vez, de no introducir perturbaciones en la vida social. La ley regula y conforma la realidad social y, por eso, la vida social debe acomodarse a la ley; de lo contrario, la ley quedaría incumplida. Pero dice la sabiduría popular que “lo mejor es enemigo de lo bueno”. El jurista debe tener la perspicacia de saber hasta dónde se puede llegar en la aplicación de la ley, cuál es el coeficiente de acomodación a la realidad social para que, aplicándose la ley, esta sea factor de orden y progreso y no de perturbación. De llegarse a este último caso, la ley dejaría de ser razonable y se convertiría en un factor espúreo del orden social.

Esta acomodación de la ley a la realidad social supone una acomodación progresiva de la realidad social a las leyes, de modo que pueden darse situaciones en las que vaya por delante la realidad social. Pero en no pocos casos la realidad social es más evolutiva y progresiva que las leyes. Cuando esto sucede, aparece la interpretación progresiva de las leyes; estas van aplicándose de acuerdo con la evolución de la realidad social, permitiendo que unas mismas leyes sirvan al bien de la sociedad, sin desfases entre ley y realidad. Así se explica que unas mismas leyes hayan podido durar siglos, sin necesidad de cambiarlas.

En nuestra época estamos tan habituados a los cambios que apenas podemos apreciar el valor de la estabilidad de las leyes. Sin embargo y siempre sin exagerar -el inmovilismo no forma parte de la prudencia del jurista, sino más bien de su imprudencia-, que las leyes sean estables es un gran beneficio y suele ser muestra de sabiduría en los legisladores y en los pueblos. HERVADA, Javier. ¿Qué es el Derecho? La moderna propuesta del realismo jurídico. Colección Astrolabio, serie Derecho, Ediciones Universidad de Navarra S.A. - EUNSA, Pamplona, 2002, páginas 127-129

Ello supone en Colombia un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales⁸⁴. Por tal motivo, la labor del juez no puede reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo, cosa que ha tenido muy en cuenta la Corte Constitucional colombiana al detenerse en casos que podrían ser nimios para muchos⁸⁵, pero que llevan implícita la complejidad de la realidad social colombiana, como cuando tuteló los derechos de una mujer contra su cónyuge, para que este no vendiera la chalupa que le permitía, después de viajes de más de ocho horas por el río Atrato, tener algún contacto con la civilización, o cuando se presenta el despido injusto de mujeres embarazadas, como muestra mínima ante cientos de ejemplos sobre el particular.

Por eso, para cumplir su propósito como elemento de regulación y transformación social, la creación judicial de derecho debe contar también con la suficiente flexibilidad para adecuarse a realidades y necesidades

84. La realidad social es regulada por la ley y en este sentido es la vida social la que se adapta a la ley; pero, por otra parte, esta regulación debe hacerse de manera que la vida social se desarrolle de acuerdo con su estado y sus condiciones. HERVADA, Javier, Op.Cit., página 129.

85. Ciertamente en Colombia los casos de tutela no son de poca monta, pues muchas veces la vida o la subsistencia de una persona depende del resultado de un fallo que proteja sus derechos fundamentales.

sociales cambiantes. Por lo tanto, no se puede dar a la doctrina judicial un carácter tan obligatorio que con ello se sacrifiquen otros valores y principios constitucionalmente protegidos, o que petrifique el derecho hasta el punto de impedirle responder a las necesidades sociales.

Este asunto se ha analizado ampliamente, tanto en la jurisprudencia como por la doctrina, especialmente por el profesor Diego Eduardo López Medina, quien ha dicho que, en efecto, el art. 23 del Decreto Ley 2067 de 1991 disponía de manera rotunda que “(l)a doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por esta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia” y, que “la redacción aparentemente contradictoria de esta norma (criterio auxiliar obligatorio) se explica por un doble motivo: por un lado, salvar el escollo que representa el artículo 230 mediante el cual, al jerarquizar el sistema de fuentes, se consagra la posición tradicionalista de la ley como fuente principal y la jurisprudencia apenas como fuente auxiliar. Por ello la norma se ve obligada a aceptar, aunque sea de boca, tal primacía. No obstante, agrega que la doctrina constitucional será “obligatoria”, con lo cual busca otorgar un nuevo valor dentro del sistema de fuentes a las sentencias de la Corte Constitucional. Este compromiso endeble no recibió tampoco el beneplácito de la Corte Constitucional, quien en efecto declaró inexecutable la expresión “obligatoria” del artículo. Esta inexecutable fue un fuerte golpe al interior de la Corte a la tesis reformista según la cual y con fundamento en el artículo 23, era posible

mediante sentencias de tutela (y no únicamente de constitucionalidad abstracta) una modificación radical del sistema de fuentes del Derecho”⁸⁶.

De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador⁸⁷ e integrador del derecho dentro del Estado colombiano, donde las sentencias de este Juez Constitucional han llevado a que la interpretación de la autonomía judicial resulte armónica con la igualdad frente a la ley y con la igualdad de trato por parte de las autoridades, concibiéndose esa interpretación como una prerrogativa constitucional que les permite a los jueces realizar la igualdad material mediante la ponderación de un amplio espectro de

86. LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces: obligatoriedad del predecido constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho. Ediciones Uniandes y Editorial LEGIS, Bogotá, D.C., 2000, páginas 17 y 18.

87. “El fundamento de la equidad reside en que las leyes se han de entender como reglas razonables. Esta es una característica básica de cuanto se refiere a la ley, a su aplicación y al uso de los derechos: hay que ser razonables. Por eso uno de los rasgos más necesarios para el jurista es el de tener sentido común. Podría decirse que el arte del jurista es el arte del sentido común aplicado a las cuestiones legales y de justicia. Por eso no es de extrañar que en tiempos revueltos para la Universidad, los estudiantes de derecho se distinguan -por lo general, siempre hay excepciones- por sus posiciones equilibradas y sean poco dados a los extremismos; suelen ser bastante razonables y tener el suficiente sentido común como para no dejarse arrastrar hacia posturas ilusorias o desmedidas. El arte que están aprendiendo les enseña que en la vida social hay que obrar según razón y con mesura, con racionalidad...”

Sin llegar al caso extremo de tener que romper la baraja, el jurista siempre debe interpretar la ley racionalmente, según lo que es racional y lo que resulta razonable en cada momento, precisamente porque así lo exige la íntima índole racional de las leyes. Por eso, el intérprete de la ley no mira sólo a esta, fija también su mirada en la realidad social y en las circunstancias del caso concreto y aplica razonablemente la ley al caso. De ahí que cuando la ley produce efectos nocivos en un caso concreto, acude a la equidad. Los juristas son gente razonable y suponen siempre que el legislador lo es (y si no lo es, procuran hacerlo razonable, porque antes esta el bien de las personas y de la sociedad que el capricho del legislador).

¡Ah, se me olvidaba! Así como la actitud de dar primacía a la voluntad se llama voluntarismo cuando se eleva a teoría, a la actitud de comportarse racionalmente, si se hace de ello una teoría, se le llama intelectualismo.” HERVADA, Javier. Op. Cit., páginas 135-142.

elementos tanto fácticos como jurídicos⁸⁸, que han tratado de ser uniformes a lo largo de estos años, salvo cuando se han presentado diferencias entre las Salas de Revisión de Tutela y se ha tenido que acudir a la Sala Plena de la Corte Constitucional⁸⁹ para que esta emita fallos de unificación de jurisprudencia, que explicaré más adelante.

88. Según la Corte Constitucional, en la Sentencia C-836 de 2001, no ocurre así con la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema de Justicia, la cual proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema, muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable esta constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se reputa probable. Sin embargo, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema.

89. En el proceso D-043 de la Corte Constitucional, esta se hizo la siguiente pregunta:

“Pues bien, ¿Cómo se logra entonces la unidad de un ordenamiento jurídico?”

La respuesta es clara. Mediante la unificación de la jurisprudencia.

En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad. Las personas no podrán saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país. Luego es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia.

Al habersele asignado a la Corte Suprema de Justicia la función de guardiana de la Constitución, tradición casi centenaria, basada en pronunciamientos sobre las más importantes decisiones del Estado, se le concedieron tres competencias básicas que con ventajas y deficiencias eran las siguientes: ejercía un control previo circunscrito al examen de los proyectos de ley objetados por inconstitucionales por el Presidente de la República; un control automático sobre los decretos legislativos expedidos por el gobierno con fundamento en las facultades del estado de sitio y de la emergencia económica, y un genérico control posterior que recaía sobre los demás decretos presidenciales con fuerza de ley, así como sobre las leyes, siempre que fueran demandados por cualquier ciudadano en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad. Además, en cualquier caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, cualquier juez o funcionario administrativo tenía la facultad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Luego de estudiarse varias propuestas sobre la viabilidad de independizar el control constitucional en una nueva Corte, el Constituyente de 1991 optó por engendrar una Corte Constitucional activista, la cual, no obstante la participación del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en la integración de las ternas, y del Senado de la República en la elección, goza de una absoluta y en ocasiones peligrosa independencia, que ha supuesto la lucha por la precedencia de los altos tribunales en lo que se ha denominado el “choque de trenes”. El gran número de procesos de los que conocen por medio

del control automático de constitucionalidad y la ampliación de la jurisdicción constitucional a todos los jueces de la república al conocer de la acción de tutela, no obstante la posibilidad de dejar la Carta al alcance de todo tipo de personas para la protección de sus derechos fundamentales, nos hace preguntarnos si el título para esta intervención no ha debido ser “¿Involución de la Defensa de la Constitución en Colombia?”.

3. La jurisdicción constitucional

Íntimamente ligado al concepto de Derecho Procesal Constitucional esta el de Jurisdicción Constitucional, pues se utilizó este último como sinónimo del primero hasta hace pocos años.

En efecto, esa sinonimia, hoy superada parcialmente, decía que dentro de la jurisdicción constitucional se analizan o estudian todos los conceptos que en rigor son propios del Derecho Procesal Constitucional, y a su vez, este absorbe sin inconveniente alguno los problemas del primero.

Mientras que García Belaunde⁹⁰ acostumbra denominar jurisdicción constitucional, al “conjunto de mecanismos procesales destinados a defender la Constitución, sea en su aspecto orgánico o en el dogmático. Dentro de ella, tienen destacada importancia el control constitucional de las leyes y la defensa de los derechos humanos”. Más adelante dice que considerada en su sentido estricto, la jurisdicción constitucional es la capacidad de “decir” el derecho en materia constitucional.

90. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, Libro citado de TEMIS, página 129.

Sagüés definió la Jurisdicción Constitucional como: “La actividad estatal de índole jurisdiccional, encargada de decidir en las cuestiones de materia constitucional”.

Esa cita la hace Rubén Hernández Valle⁹¹, para expresar que el contenido de la jurisdicción constitucional, en consecuencia, será la Magistratura Constitucional, o sea los órganos encargados de ejercerla y los procesos constitucionales, es decir, los instrumentos procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional.

Por eso, “sólo puede hablarse de jurisdicción constitucional en sentido estricto, cuando existe un particular tipo de defensa de la Constitución de carácter jurisdiccional, que resuelve los conflictos políticos y sociales del más alto nivel de acuerdo con el Derecho de la Constitución”.

Para García Belaunde⁹², ese particular tipo de defensa de la constitución, que surge de la jurisdicción constitucional, debe abarcar varios temas y los sistemas históricos y mixtos, integrados por:

- El valor jurídico de la Constitución,
- El control y sus alcances,
- Sistemas de control,
- La sentencia constitucional, y
- La interpretación constitucional.

91. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, Op. Cit., páginas 33 y 55.

92. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, Libro citado de TEMIS, página 200.

El profesor Francisco Rubio Llorente⁹³, dada la equívocidad de los términos, ha utilizado dos conceptos distintos para jurisdicción constitucional de acuerdo con las necesidades de cada trabajo. En ocasiones ha empleado un concepto que denomina subjetivo, o formal, entendiendo por jurisdicción constitucional la que ejercen o desempeñan los tribunales así llamados, sea cual fuere la naturaleza de los asuntos cuya solución se les encomienda. Otro es el que Rubio denomina concepto amplio, simple y teóricamente más sólido de la jurisdicción constitucional, entendiendo por tal aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución; la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder.

Este concepto, en criterio de su autor, posee ventajas apreciables, pues engloba, como especies de un género común, todos los sistemas imaginables de la jurisdicción constitucional y, de la otra, permite apreciar claramente la diferencia existente entre aquellos sistemas que sólo pretenden asegurar la constitucionalidad del texto legal y aquellos otros que aspiran a garantizar también la constitucionalidad de la aplicación de la ley, con independencia de cual sea la vía escogida para hacer posible esa garantía.

La doctora María Luisa Balaguer Callejón⁹⁴, explica que la jurisdicción constitucional resulta

93. RUBIO LLORENTE, Francisco. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. En: RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Estudios sobre jurisdicción constitucional. Editorial MacGraw Hill - Colección Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998, páginas 155-156.

94. BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria. Monografías Civitas. Editorial Civitas,

necesaria como instrumento de solución de conflictos entre el poder central y los poderes periféricos de un Estado políticamente descentralizado como el nuestro. Pero además, la jurisdicción constitucional se ha revelado extraordinariamente eficaz para corregir los abusos de las mayorías parlamentarias y para proteger a las minorías marginadas de la sociedad, cumpliendo una función correctora de las desigualdades, que lejos de agudizar polémicas en cuanto a rigorismos teóricos, lo que hace paulatinamente es ir mitigando la polémica inicial en torno a su legitimidad y eficacia. En cualquier caso, se trata de reconducir la actividad de los diversos poderes públicos a los límites constitucionales. Respecto de su naturaleza, la doctrina quizá más extendida y en cualquier caso, la que parece más razonable es la que considera al Tribunal Constitucional como un órgano jurídico-político. Lo es al menos por la naturaleza de las normas que utiliza como parámetro del control de constitucionalidad. Lo es también por cuanto se caracteriza por ser a la vez un órgano constitucional y un órgano jurisdiccional.

Para el catedrático Pablo Pérez Tremps⁹⁵, la justicia constitucional, como la concibe, es el conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean estos los que sean.

Madrid, 1990, páginas 36-37.

95. PÉREZ TREMP, Pablo. La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina. En: Foro Constitucional Iberoamericano # 2. Instituto de Derecho Público Comparado - Universidad Carlos III de Madrid-Getafe. En: <http://uc3m.es/uc3m/inst/MPG/JCI/revista>, página 2. Consultada febrero 18 de 2005.

El profesor Gabriel Mario Mora Restrepo⁹⁶, por su parte dice que... en Colombia, y en general en otros países de tradición jurídica más cercana a los cánones del Derecho continental europeo (principalmente de origen civilista-francés), la justicia constitucional es, en rigor, de aparición reciente, fundamentalmente por el surgimiento de un control constitucional fuerte -aparición de tribunales especializados y/o de acciones y garantías específicas de protección de derechos fundamentales-...

Agrega Mora Restrepo en otro escrito⁹⁷,

(B)asta con repasar la buena cantidad de literatura especializada y, además, la producción diaria de información noticiosa para comprobar el estado de perplejidad que suelen suscitar las decisiones de los jueces constitucionales en todo el mundo. Claro esta, este panorama no es, en todos los casos, tan oscuro. Los jueces constitucionales también aciertan y llevan a cabo una buena labor en su tarea de cuidar la Constitución. No son pocas las veces en que las decisiones emanadas de los Tribunales Constitucionales aparecen ante los ojos de la sociedad como la forma más idónea y eficaz para garantizar los derechos fundamentales de las personas, ni son pocas, por cierto, sus decisiones correctoras de los tantos

96. MORA RESTREPO, Gabriel Mario. En colaboración de: Álvaro Galán Figueroa, Omar Hernández Hussein, Jessica Marulanda Jiménez, Michelle Palmariny Peñaranda, César Rey Moreno y María Juliana Valdivieso Villamizar. Criterios de Justificación Racional utilizados por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en casos de interpretación constitucional sobre Derechos Fundamentales. Inédito, Universidad de La Sabana, Chía, 2005, página 1.

97. MORA RESTREPO, Gabriel. Razonamiento Jurídico e Interpretación Constitucional. -Elementos de justificación en la interpretación constitucional-. Inédito. Mimeo, S.F., página 2.

desvíos y abusos en que incurren algunos funcionarios públicos. Al fin de cuentas es altamente significativo que existan jueces especializados que tengan como misión el cuidado de la Constitución. Los hechos que suscitan la perplejidad, por supuesto, no son de este estilo, sino más bien de este otro: ¿quién cuida a los jueces constitucionales en sus desaciertos?⁹⁸

En Perú, el profesor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera⁹⁹ complementa este tema con su muy concreto estudio titulado “Reflexiones en torno a la Jurisdicción Constitucional en el Derecho Comparado”, en el cual se refiere a la capital relevancia en la actuación de aquellos a quienes compete realizar las labores de control de constitucionalidad.

En resumen, la Jurisdicción Constitucional, es la actividad estatal de índole jurisdiccional, encargada de decidir en las cuestiones de materia constitucional.

La Jurisdicción Constitucional desarrolla los siguientes aspectos:

- El valor jurídico de la Constitución,
- El control y sus alcances,
- Sistemas de control,

98. El profesor Gabriel Mora Restrepo, en su texto Razonamiento Jurídico e Interpretación Constitucional. -Elementos de justificación en la interpretación constitucional, página 2, dice: La frase proviene de SIMÓN, Dieter. La independencia del juez, op. cit., p.173: “El Tribunal Constitucional cuida de la Constitución, mas ¿quién cuida del Tribunal Constitucional?”. Sin embargo, he de aclarar que esa expresión fue acuñada originalmente en Roma por Juvenal cuando expresó ¿Quién controla a los que nos controlan?, Sed quis custodiet ipsos custodes?

99. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción Constitucional, Participación de Justicia y Debido Proceso. Ara Editores, Lima, 2003, Páginas 45 a 61.

- La sentencia constitucional, y
- La interpretación constitucional.

Estos cinco aspectos también aparecen con el nombre de “aristas” en la investigación de Diana María Ramírez Carvajal¹⁰⁰, las cuales se citan así:

- La plena eficacia de la constitución, cuando surgen conflictos entre un acto de autoridad o un acto de un particular y las disposiciones contempladas en la constitución. Esta se garantiza mediante la excepción con inaplicabilidad o mediante la acción de inconstitucionalidad.
- La jurisdicción constitucional, llamada a resolver los conflictos constitucionales por medio de determinados procesos también llamados constitucionales.
- La integración de una hermenéutica compleja que involucre la norma constitucional y la norma legal, esta opera al interior de cualquier proceso judicial y administrativo.
- El establecimiento de las normas procesales orgánicas y funcionales apropiadas para que un conflicto constitucional pueda ser decidido por medio de una decisión jurisdiccional, lográndose así la plena vigencia de la supremacía de la Constitución y el restablecimiento de los derechos constitucionales.
- Perfeccionar las instituciones procesales que fundamentan un debido proceso, como máxima

100. RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María, Op. Cit., páginas 90 y 91.

garantía de objetividad en la resolución de los conflictos constitucionales o legales. Se propende entonces por el respeto de los principios que integran el debido proceso en la realización del proceso jurisdiccional y en la tramitación de cualquier proceso constitucional -acción de tutela, acción popular, acción de cumplimiento, etc.-.

De ahí que los ordenamientos constitucionales contemporáneos han incorporado paulatinamente diversos instrumentos jurisdiccionales con la finalidad de hacer respetar y evitar el quebranto de la norma superior (amparo, hábeas corpus, hábeas data, acción abstracta de inconstitucionalidad de las leyes, conflicto competencial y de atribuciones entre órganos y poderes del Estado, cuestión de inconstitucionalidad, inconstitucionalidad por omisión, control previo de constitucionalidad de leyes y tratados internacionales, etc.), lo que se refleja y desarrolla en las leyes procesales específicas que los regulan. Incluso, en algunos países existen Leyes o Códigos Procesales Constitucionales que, de manera unitaria y general, regulan los procesos constitucionales.

- Leyes o Códigos Procesales Constitucionales: Argentina (Provincias de Entre Ríos y de Tucumán), Costa Rica, Guatemala, y el Perú; además existen anteproyectos de leyes en El Salvador y Honduras.
- Igualmente en México desde el año 2000 se ha buscado crear un Código Procesal Constitucional Federal, debido a las reformas en las Constituciones de los estados de Veracruz, Coahuila, Tlaxcala,

Guanajuato, Chiapas, Quintana Roo, Nuevo León y el Estado de México, entre ese año y el 2004.

Además de estos aspectos, entre los que hay discusión, cabe indicar que el Derecho Procesal Constitucional, como disciplina nueva, está integrado por tres componentes: La Jurisdicción Constitucional, Los Procesos Constitucionales y La Magistratura Constitucional, según el “syllabus” de García Belaúnde.¹⁰¹

Con todos estos estudiosos, podemos afirmar que se pueden extraer las aguas de las **fuentes que originan el Derecho Procesal Constitucional** y que según Jaime Azula Camacho¹⁰², se clasifican en:

1. Fuentes de producción: Las que crean u originan el Derecho Procesal Constitucional, considerado ahora como una rama autónoma e independiente.
2. Fuentes de conocimiento: En ellas el funcionario judicial obtiene la información correspondiente para llevar a cabo su función.

Y las desarrolla así:

1. Fuentes de producción:

Naturales: se encuentran en la intrínseca naturaleza humana. Es este derecho el que origina las normas o preceptos legales procesales.

101. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, Libro citado de TEMIS, página 199.

102. AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal - Teoría general del proceso. Tomo I, 9ª edición. Temis, Bogotá, D.C., 2006, páginas 13 a 14.

Positivas: son las que informan el ordenamiento legal y se dividen en directas e indirectas.

Directas: También se les conoce como inmediatas -son las que encierran en sí mismas la norma jurídica y están integradas por la ley -que tiene la calidad de principal- y la costumbre y jurisprudencia -como accesorias-, complementadas con los principios generales del derecho procesal. La Constitución Política de Colombia reconoce estas fuentes en su artículo 230 al preceptuar que “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, pero luego agrega que “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Indirectas: -que es viable denominar mediatas- no encierran la norma jurídica, pero sí la originan, como acontece con el derecho histórico y el derecho extranjero. Tanto el derecho histórico como el extranjero hacen referencia a las normas procesales nacionales derogadas o a las existentes en otros países, respectivamente, y tiene importancia en el derecho vigente en razón de que este puede haberlas reproducido textualmente o, a lo menos, seguir el criterio adoptado por ellas.

2. Fuentes de conocimiento: Son las que plasman o concretan las de producción. En otros términos, podemos decir que las fuentes de producción adquieren vida o se materializan en las de conocimiento, las cuales, por su parte, le suministran al funcionario judicial la información necesaria para actuar en el cumplimiento de

su función. De acuerdo con el orden en que corresponda aplicarlas, pueden clasificarse en dos grupos:

La ley, que tiene la condición de fundamental o principal.

La costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho procesal y la doctrina asumen la calidad de fuentes subsidiarias, por cuanto solo tienen aplicación en ausencia de la principal.

En definitiva como lo sugiere el maestro Sagüés, la jurisdicción constitucional latinoamericana va superando lo que podríamos llamar el test de aceptación.

4. El proceso constitucional

Rey Cantor¹⁰³ define el proceso constitucional como un conjunto de actos procesales coordinados entre sí, provenientes del juez constitucional competente (en ejercicio de jurisdicción constitucional), o de las partes, cuyo objeto es la defensa de la supremacía de la Constitución o la protección de los derechos humanos.

El profesor Osvaldo Alfredo Gozaíni¹⁰⁴, por su parte define a los procesos constitucionales como las distintas formas adjetivas destinadas a respaldar las garantías fundamentales y demás derechos del hombre, dándoles un cauce adecuado y posiblemente para la tutela, protección y fomento de ellos.

103. REY CANTOR, Ernesto. Op. Cit., página 88.

104. REY CANTOR, Ernesto. Op. Cit., página 51.

Finalmente, el maestro Néstor Pedro Sagüés¹⁰⁵ define el proceso constitucional, según la doctrina material, en los siguientes términos: “Para ella, los procesos constitucionales se ocupan sustancialmente de tutelar el principio de supremacía constitucional (meta principal) y de proteger los derechos públicos subjetivos. Están comprendidos en tal esfera, por ende, los recursos, acciones de amparo, hábeas corpus, inconstitucionalidad, exequibilidad, recurso extraordinario, etc. No importa dónde y ante quién se diligencien (jurisdicción judicial, administrativa, ordinaria, especializada, etc.). También podría incluir los procedimientos constitucionales de destitución de autoridades públicas (juicio político, recall, exclusión de las Cámaras), los de solución de conflictos de poderes y de dilucidación de otros asuntos gubernativos de competencia. En sentido amplio, pues, se entenderá por proceso constitucional un conjunto de actos relacionados entre sí y de índole teleológica, realizados por o ante la Magistratura Constitucional, y que permite desarrollar la actividad jurisdiccional constitucional”.

En el proceso constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: Los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de supremacía constitucional. De ahí la existencia de diversos tipos de procesos, los cuales responden a necesidades diversas y dentro de los que encontramos los siguientes en el ordenamiento colombiano:

105. Citado por REY CANTOR, Ernesto, Op. Cit., páginas 52-53.

El proceso constitucional propiamente dicho, arts. 239 y ss. del Estatuto Superior y decreto 2067 de 1991, entre los que se encuentran:

- a. Demandas promovidas por los ciudadanos contra actos reformativos de la Constitución, por vicios de procedimiento en su formación, (art. 241, ord. 1°).
- b. Demandas contra la constitucionalidad de la ley por medio de la cual se convoca un referendo o una asamblea nacional constituyente, las dos, con el propósito de enmendar la Constitución, (art. 241, ord. 2°).
- c. Las demandas contra la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, (art. 241, ord. 3°).
- d. Las demandas ordinarias contra la constitucionalidad de las leyes (art. 241, ord. 4°).
- e. Los procesos que se siguen con ocasión de las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley, y dictados por el gobierno nacional con fundamento en los arts. 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, (art. 241, ord. 5°).
- f. La revisión oficiosa de la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno nacional con fundamento en los arts. 212, 213 y 215 de la Constitución, (art. 241, ord. 7°).

- g. La revisión de la constitucionalidad de las objeciones presidenciales cuando los proyectos de ley sean objetados como inconstitucionales, (art. 241, ord. 8°).
- h. La revisión oficiosa de la constitucionalidad de los proyectos de ley estatutaria, (art. 241, ord. 8°).
- i. La revisión oficiosa de la constitucionalidad de los tratados públicos internacionales y de las leyes que los aprueben, (art. 241, ord. 10).

La acción de tutela, art. 86 Superior, Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000.

La acción de cumplimiento, art. 87 Superior, ley 393 de 1997.

Las acciones populares y de grupo, art. 88 Superior, ley 472 de 1998.

Las acciones en pro del orden jurídico, art. 89 Superior.

La acción de repetición, art. 90 Superior, ley 678 de 2001.

El hábeas corpus, art. 28 Superior.

Protección del hábeas data, art. 15 Superior.

Excepción de inconstitucionalidad, art. 4 Superior.

Pérdida de investidura, art. 184 Superior y ley 144 de 1994.

Revocatoria del mandato, art. 40 Superior.

Derecho de petición e insistencia ante las autoridades, arts. 23 y 74 Superior, ley 57.

Procesos del Contralor General de la República, art. 267 Superior.

Excusas para comparecer ante el Congreso de la República, arts. 137 y 241 # 6 Superior y art. 47 del Decreto 2067 de 1991.

La Moción de censura, arts. 135, 141 y 183 Superior.

Juzgamiento del Presidente de la República y de los funcionarios con fuero constitucional, Leyes 5 de 1992 y 273 de 1996.

De ese listado que he elaborado, tal vez arbitrariamente, se deduce una razón de existencia de esos procesos, que se resume en lo que ya expresó nuestra Corte Constitucional, el sentido y el propósito de los procesos de constitucionalidad no es otro distinto de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.¹⁰⁶

En cuanto a las normas de procedimiento, proponemos acudir en la construcción de un posible Código Procesal Constitucional colombiano, a la analogía; el art. 75 del C.P.C., nos ilustra sobre los requisitos generales que podemos incluir en los distintos procesos constitucionales:

1. Designación del juez, o de la autoridad, a quien se dirija.

106. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113 de 2000. M.P., Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

2. Nombre, edad y domicilio del demandante; a falta de domicilio se expresará la residencia, y si se ignora la del demandado, se indicará esta circunstancia bajo juramento, que se entenderá prestado por la presentación de la demanda o solicitud.
3. El nombre y domicilio o, a falta de este, la residencia de los representantes o apoderados de las partes, si no pueden comparecer por sí mismos. En caso de que se ignoren se expresará tan circunstancia en la forma indicada en el numeral anterior.
4. El nombre del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso.
5. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado.
6. Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
7. Los fundamentos de derecho que se invoquen.
8. La cuantía, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite.
9. La indicación de la clase de proceso que corresponde a la demanda, o solicitud de Derecho Procesal Constitucional.
10. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer.

11. La dirección de la oficina o habitación donde el demandante y su apoderado recibirán notificaciones personales, y donde han de hacerse al demandado o a su representante mientras estos no indiquen otro, o la afirmación de que se ignoran, bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la demanda.
12. Los demás requisitos que cada proceso constitucional exija para el caso.

Finalmente, del análisis de nuestra lista de procesos, ha de tenerse muy en cuenta que el Derecho Procesal Constitucional se maneja con frecuencia con normas de principio (son las constitucionales), por oposición a las normas comunes, y es allí donde el juez ha de tener muy presente la Supremacía de la Carta y la integración del bloque de constitucionalidad como desafío para fallar.

5. La Magistratura Constitucional

Es la que se encuentra integrada por el órgano u órganos de la jurisdicción constitucional, aun cuando García Belaunde¹⁰⁷ diga que es una terminología débil usar el de órganos constitucionales.

Por tanto, la Magistratura Constitucional, en tercer lugar dentro de la trilogía estructural básica del Derecho Procesal Constitucional, es la que se encuentra integrada por el órgano u órganos de la jurisdicción constitucional.

107. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, Libro citado de TEMIS, página 21.

También resultan relevantes las jurisdicciones especializadas en materia constitucional que se han creado en las entidades federativas de la República mexicana, realizando dicha función el pleno de los tribunales superiores de justicia (Coahuila, Guanajuato, Tlaxcala y Nuevo León); o bien una Sala Superior (Chiapas) o Sala Constitucional (Veracruz, Quintana Roo y Estado de México).

Finalmente, nos corresponde afirmar que un sistema de justicia y de Magistratura Constitucional, comporta unos riesgos para el funcionamiento adecuado del sistema jurídico-político, ya que los pronunciamientos que de la Corte o de los Tribunales Constitucionales se desprenden muchas consecuencias de todo tipo, aunque estas presenten perfiles propios en distintos ordenamientos. Esos riesgos son resumidos por Pablo Pérez Tremps¹⁰⁸ en las siguientes tres modalidades:

- En primer lugar, una justicia constitucional, por definición, comporta un riesgo de politización dada la trascendencia y la naturaleza de los asuntos que a menudo resuelve, por más que esa resolución deba someterse siempre a cánones jurídicos.
- En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, la existencia de la justicia constitucional lleva aparejado un cierto peligro de que esta invada los ámbitos de actuación de los tradicionales poderes del Estado, y tanto del Ejecutivo, como del Legislativo, o del Judicial.

108. PÉREZ TREMP, Pablo, artículo citado, páginas 7 - 8.

- En tercer lugar, y situándonos en otro orden de las cosas, la existencia de la justicia constitucional especializada tiene también el riesgo de una sobrecarga de trabajo de esta. Ello es lógico si se atiende a la posición central que la constitución ocupa en el ordenamiento, y a la que ya se ha hecho referencia, y la práctica de la mayor parte de los países así lo pone de manifiesto.

Precisamente, el concepto de órgano constitucional, pese a su arraigo en el Derecho Público, ofrece, sin embargo, perfiles no del todo pacíficos. Sin entrar en debates académicos, los órganos constitucionales pueden definirse como aquellos que son elemento necesario e indefectible de un determinado Estado, participando, en cuanto tales, de forma inmediata y decisiva, en la formación de la voluntad estatal, de suerte que su desaparición o transformación radical implicaría un cambio en la estructura misma del Estado. Estos órganos, por su significada relevancia, son establecidos y configurados directamente por la Constitución, que determina su composición, el modo y forma de elección de sus miembros, su status institucional y su haz de competencias. Además, ocupan una posición de supremacía y gozan de independencia recíproca. Para asegurar esa independencia, los órganos constitucionales cuentan con un ámbito propio de autonomía funcional constitucionalmente garantizado, que incluye el reconocimiento de una potestad de organización interna (en la que se comprende la de dictar reglamentos de organización), de autonomía financiera (que se concreta en que su presupuesto es elaborado por el propio órgano y se incluye en una

sección propia aparte de los Presupuestos Generales del Estado) y de un status singularizado de los titulares del órgano.¹⁰⁹

Eduardo Juan Couture¹¹⁰, dice que en sentido estricto, incluye el concepto de jurisdicción, entendida como aquella función pública a cargo de órganos estatales con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto o juicio, se determina el derecho de las partes, con el fin de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídico-constitucional, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

En cuanto a los órganos, o magistratura encargada de la ejecución del Derecho Procesal Constitucional, cada país determina su modelo, por lo que no puede hablarse de un solo sistema. En esta Magistratura Constitucional, cabría hablar de la naturaleza del Tribunal, Sala o Corte Constitucional, de acuerdo con la siguiente clasificación del profesor Eduardo Ferrer MacGregor:¹¹¹

Desde una perspectiva formal, que corresponde a la concepción tradicional, es aquel órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, situado fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos. Conforme a esta concepción, las

109. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco; GÓMEZ MONTORO, Ángel; MEDINA GUERRERO, Manuel; REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. Jurisdicción y procesos constitucionales. Colección Elementos - Ciencias Jurídicas. Editorial McGrawHill, Madrid, 2000, página 2.

110. Citado por HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, Op. Cit., página 36.

111. FERRER MacGREGOR, Eduardo. Op. Cit., páginas 55 - 56.

Cortes o Tribunales Supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales pero no son, en estricto sentido, Tribunales Constitucionales. Esta noción se identifica fundamentalmente con el modelo europeo de Tribunal Constitucional, según Luis Favores, citado por Ferrer.

Una noción moderna y más amplia que corresponde a su enfoque material, entiende por Tribunal Constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental. De acuerdo con Fix Zamudio, al que también recurre Ferrer, es este el modelo de varias Cortes o Tribunales Constitucionales de América Latina.

Aunque cíclicamente reaparezca la polémica sobre la naturaleza de los Tribunales Constitucionales, y siendo cierto que no deben ignorarse las peculiaridades de la labor que desarrollan, en la actualidad no puede negarse su carácter propiamente constitucional. Sabido es que sus miembros son designados por órganos eminentemente políticos y que algunas de sus decisiones pueden tener importantes repercusiones políticas. Sin embargo, no por ello dejan de ser un verdadero Tribunal que resuelve conforme a Derecho las controversias que jurídicamente le son formuladas¹¹².

La Magistratura Constitucional, por lo que respecta a su organización, no puede reducirse a un solo modelo y, centrándonos en lo relativo a la posición institucional del órgano encargado de la justicia constitucional y de

112. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco; GÓMEZ MONTORO, Ángel; MEDINA GUERRERO, Manuel; REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. Op. Cit., página 4.

integrar su magistratura, al decir del profesor Pérez Tremps¹¹³, ...en América Latina pueden identificarse tres sistemas organizativos de la justicia constitucional:

- Sistema de Tribunal Constitucional ad hoc. En varios países existe un Tribunal Constitucional que ostenta, en monopolio o no, la justicia constitucional, pero que se sitúa fuera del poder judicial, como órgano no sólo especializado sino también especial. Es el caso de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala o Perú.
- Sistema de órgano dentro del Poder Judicial. En otros países, se mantiene también el principio de que el órgano encargado de la justicia constitucional sea un órgano especializado, pero este se inserta en el seno del propio poder judicial. Así sucede, además de en El Salvador, en Costa Rica, Nicaragua, Paraguay o Venezuela, grupo al que acaba de incorporarse Honduras.
- Sistema de atribución de la justicia constitucional a órganos no especializados. Un tercer grupo es el de los países en los que la justicia constitucional se “confunde” funcional e institucionalmente con la justicia ordinaria; tal es el caso de Argentina, Brasil, México, Panamá, República Dominicana o Uruguay.

Existen múltiples variaciones entre unos y otros sistemas o modelos de justicia constitucional por lo que se refiere a sus competencias. De igual forma, por sus pronunciamientos, de ahí que me parezca muy

113. PÉREZ TREMPs, Pablo, artículo citado, página 4.

pertinente citar a al profesor argentino Alfonso Santiago (hijo)¹¹⁴, sobre la base de dos criterios:

1. Considerando la relación institucional que tiene la Corte (...) con los poderes políticos, pueden distinguirse tres supuestos:
 - a. Corte adicta: Carece de independencia real con relación a los otros poderes del gobierno;
 - b. Corte independiente: Goza de genuina independencia y capacidad de decisión, siendo plenamente consciente de ello, y
 - c. Corte hostil: Esta enfrentada con los poderes políticos.

2. Teniendo en cuenta la intensidad con que la Corte (...) ejerce la función de control, cabe distinguir otros tres supuestos:
 - a. Corte permisiva: Es la que, por el motivo que sea, no ejerce su función de control;
 - b. Corte moderadora: Se verifica cuando ella ejerce adecuada y acotadamente su función de control político, y
 - c. Corte activista: Es la que sobrepasando la función de control, asume la iniciativa política.

114. SANTIAGO (hijo), Alfonso. Los Modelos Institucionales de Corte Suprema. En: SANTIAGO (hijo), Alfonso y ÁLVAREZ, Fernando. Función Política de la Corte Suprema. Obra en homenaje a Julio Oyhanarte. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma y Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2000, página 43.

Alfonso Santiago, vinculando los modelos de Corte adicta con los de Corte permisiva y el de Corte independiente con el de Corte moderadora, crea finalmente cuatro modelos institucionales, de los cuales omitimos la explicación extensa de este autor, para considerar que en cierta forma, la Corte Constitucional colombiana se adapta al último sistema en lo que se refiere a esa judicialización de la Constitución, e incluso en cuanto a la creación de situaciones anómicas. Esos modelos de Santiago, se resumen así:

- a. La Corte permisiva. Es la que no realiza su función de control político o la ejerce muy tímida y parcialmente. Hay, por tanto, un mal cumplimiento del rol institucional asignado a la Corte... en el sistema político.
- b. La Corte moderadora. Pensemos que son cuatro los elementos principales que caracterizan a una Corte moderadora: su independenciam, la clara conciencia de su misión institucional, la autolimitación para respetar debidamente el ámbito de competencia de los poderes políticos y, por último, el acierto de sus decisiones.
- c. La Corte hostil. Es la que en el ejercicio de su función de control aparece abiertamente enfrentada a los poderes políticos. No se trata de un conflicto circunstancial, sino de un enfrentamiento permanente que imposibilita el ejercicio de la función gubernamental en temas claves del quehacer político.

- d. La Corte activista. El término “activismo judicial” es bastante impreciso y susceptible de ser utilizado con muy diversos sentidos y alcances. En general, hace referencia a un Poder Judicial con una actitud de “**protagonismo institucional**” (las negritas son nuestras).

Como nueva rama del Derecho, el Derecho Procesal Constitucional esta aun por desarrollarse y llamado a grandes menesteres en la debida aplicación de justicia¹¹⁵ y en el Derecho Público, por eso, esta aproximación a una nueva rama, nos acerca un poco más a otro aspecto por debatir: el nacimiento de la “cultura constitucional”.

6. Modulaciones en los fallos de la Corte Constitucional Colombiana

La sentencia constitucional es un acto procesal, decisión de un colegio de jueces que pone término a un proceso. Es una actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del Derecho, sin olvidar su dimensión política, como sostiene acertadamente Ángel Garrorena Morales¹¹⁶, citado por José Palomino Manchego.¹¹⁷

115. Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi, recogida así por Ulpiano en el Digesto, la justicia es la constante y permanente voluntad de dar a cada cual lo suyo.

116. GARRORENA MORALES, Ángel. La sentencia constitucional. En: Revista de Derecho Político # 11, Madrid, 1981, página 7.

117. PALOMINO MANCHEGO, José. La Sentencia Constitucional en las Acciones de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú. En: Memorias II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional. San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004. CD-ROM.

Chioventa¹¹⁸ definió la sentencia como la resolución que, acogiendo o rechazando la demanda del actor, afirma la existencia o inexistencia de una voluntad de ley que le garantiza un bien, o, lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de ley que garantiza un bien al demandado.

Según lo expresado por Domingo García Belaunde, las sentencias constitucionales, como es obvio advertirlo, son una modalidad del género “sentencias”. “Esto es, son tan sentencias como las obras y tienen o deben tener la misma estructura. Sin embargo, la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio de un grupo, sino que persigue cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada. Aún más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad, y no de un Código Procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. Pues si una Constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple, constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias constitucionales, tienen importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos que son clave: Los derechos fundamentales y la jerarquía normativa”.¹¹⁹

118. MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Editorial ABC, Bogotá, D.C., 1985, página 478.

119. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Ejecutabilidad de las Sentencias Constitucionales. En: Memorias II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional. San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004. CD-ROM.

Desde que la Sala Plena de la Corte Constitucional expidió la Sentencia C-109 de 1995 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, este fue estudiando los diferentes tipos de sentencias de la Corporación, lo cual amplificó en un preciso estudio presentado en la III Conferencia de Justicia Constitucional Iberoamericana, España y Portugal¹²⁰, titulada “Tipos de Sentencias en el Control Constitucional de las Leyes: La experiencia colombiana”, basándose para la creación de esta clasificación en la doctrina italiana retomada en otros países, distinguiendo dos aspectos esenciales: La modulación de los efectos de los fallos y las sentencias interpretativas, como una práctica arraigada en el Derecho Procesal Constitucional colombiano, tal y como la Corte lo reconoció en la citada Sentencia C-109 de 1995, en la que rescató la brillante tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia colombiana en este campo, la cual, mucho antes de que entraran en funcionamiento los Tribunales Constitucionales europeos, y cuando ejercía el

120. Publicada, entre otras, en: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia # 316, Bogotá, D.C., junio de 2000, páginas 86-108; Revista Tutela de Editorial LEGIS, Bogotá, D.C., agosto de 2000, páginas 1719-1734; 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, páginas 383 a 408; etc. También pueden verse resúmenes en: SANÍN RESTREPO, Ricardo. Libertad y Justicia Constitucional. Colección Portable # 3. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, D.C., 2004, páginas 163 a 167, (el autor señala que el resumen sobre la ponencia del doctor Martínez Caballero, fue elaborado por el estudiante Daniel Patrón Pérez, de la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda). Otro resumen en: HENAO HIDRÓN, Javier. Derecho Procesal Constitucional. Protección de los Derechos Constitucionales. Editorial TEMIS, Bogotá, D.C., 2003, páginas 111 a 113; MORENO MILLÁN, Franklin J. La Jurisprudencia Constitucional como fuente del Derecho. Editorial LEYER, Bogotá, D.C., 2002; etc.

papel de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución de 1886, expidió sentencias condicionales o interpretativas¹²¹, que se mantuvieron como tradición a lo largo del siglo XX.

Para el profesor Humberto Nogueira Alcalá¹²², las sentencias de un Tribunal o de una Corte Constitucional son actos procesales que ponen término a un proceso, por parte de un órgano colegiado que constituye la instancia suprema constitucional, pero, según Monroy Cabra¹²³, la definición es más simple, pues para él, la sentencia constitucional es el acto procesal con el cual culmina el proceso constitucional. Además, es la forma como los Tribunales Constitucionales interpretan la Constitución, considerándose la sentencia constitucional por la doctrina moderna, como fuente del derecho.

El primer presidente del Tribunal Constitucional Español, Manuel García Pelayo¹²⁴, dijo que:“El

121. Ver, entre otros fallos de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 2 de agosto de 1912, M.P., DR., Dr. Alberto Suárez Murillo en Gaceta Judicial. Tomo XXII, página 5; Sentencia del 28 de julio de 1924, M.P., DR., Dr. Luis R. Rosales en Gaceta Judicial. Tomo XXXI, página 53; Sentencia del 7 de octubre de 1936, M.P., DR., Dr. Eduardo Zuleta Ángel en Gaceta Judicial. Tomo XLIV, página 8, etc., citados por MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Tipos de Sentencias en el Control Constitucional de las Leyes: La experiencia colombiana. En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia # 316, Bogotá, D.C., junio de 2000, páginas 96-99.

122. 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, páginas 369 a 382.

123. MONROY CABRA, Marco Gerardo. La Interpretación Constitucional. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D.C., 2002, página 22.

124. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco; GÓMEZ MONTORO, Ángel; MEDINA GUERRERO, Manuel; REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. Jurisdicción y procesos constitucionales. Colección Elementos - Ciencias Jurídicas. Editorial

Tribunal Constitucional decide en forma de sentencia, con arreglo a normas preestablecidas y siguiendo un procedimiento contradictorio, sobre las pretensiones formuladas en términos de Derecho que le someten las partes legitimadas para ello por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)”.

Por ejemplo, explicando el contenido de la sentencia constitucional, el profesor Humberto Sierra Porto ha dicho que: “La posición de la sentencia constitucional en el sistema de fuentes es de gran importancia para determinar el grado de circulación de los poderes públicos a las decisiones del Tribunal Constitucional, en este punto la doctrina parece orientarse a situar las sentencias constitucionales en un lugar intermedio entre la Constitución y la ley (cuando en las sentencias se interpretan constitucionalmente las leyes), en todo caso no es un lugar inferior al que ocupan las leyes.

El fundamento de esta posición privilegiada es consecuencia de la existencia misma de la justicia constitucional: La justicia constitucional encuentra su fundamento en la cadena ininterrumpida de razonamientos lógicos que conducen de la afirmación del poder constituyente a la existencia de una Constitución y de la necesaria supremacía de esta sobre los poderes constituidos. En este sentido el Tribunal Constitucional (mediante sus decisiones, las sentencias) como garante de la Constitución frente a los demás poderes constituidos, debe estar en una

posición superior al de estos, o, por lo menos, de sus decisiones”.¹²⁵

La clasificación colombiana que presento, ha sido complementada con los estudios de los doctores Humberto Nogueira Alcalá, José Palomino Manchego, Alejandro Martínez Caballero, y Diego Eduardo López Medina¹²⁶, y nos ha llevado a organizarlas de la siguiente manera:

1. Modulación tradicional

Sentencias Estimatorias.

Sentencias Desestimatorias.

2. Modulaciones que afectan el contenido, o sentencias “manipulativas”

Sentencias interpretativas o condicionales, con acogimiento o rechazo.

Sentencias integradoras o aditivas.

Sentencias sustitutivas.

Sentencias apelativas o exhortativas.

3. Modulaciones relativas al efecto temporal o prospectivas

Sentencias de inconstitucionalidad retroactiva o ex tunc.

125. SIERRA PORTO, Humberto, citado sin referencia correcta por MONROY CABRA, Marco Gerardo, Op. Cit., páginas 22 y 23.

126. Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El Derecho de los Jueces, LEGIS Editores, Bogotá, D.C., páginas 67 a 69.

Sentencias con efecto pro futuro o ex nunc.

Sentencias de inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal.

4. Modulaciones del Derecho de los Jueces

Sentencias fundadoras de línea.

Sentencias hito.

Sentencias confirmadoras de principio.

Jurisprudencia “Pop”.

5. Otros modelos de modulación

Sentencias de control concreto de constitucionalidad.

Sentencias declarativas de inconstitucionalidad.

Sentencias de inconstitucionalidad por omisión.

Sentencias con efectos en el ámbito personal.

Sentencias atípicas.

Sentencias sobre omisiones legislativas.

6. Modelos específicos de la Corte Constitucional colombiana

Sentencias de unificación de jurisprudencia.

Sentencias sobre el mínimo vital.

7. Procedimiento para declarar la incompatibilidad normativa

8. Principios fundamentales de toda sentencia de constitucionalidad

Principio de congruencia.

Principio de motivación.

Principio de colegialidad.

Principio de eficacia.

Principio de conservación de la norma.

Principio de interpretación conforme a la Constitución.

9. Otras acepciones de la tipología de Sentencias

Las subreglas constitucionales.

El holding o la ratio decidendi y los obiter dicta.

El decisum.

El stare decisis.

De la publicidad, comunicación y efectos de las sentencias de constitucionalidad.

Veamos ahora sí cada una de las clasificaciones:

1. Modulación tradicional:

Las sentencias de la Corte Constitucional, como las demás de la Rama Judicial, se pueden clasificar en “estimatorias¹²⁷” y “desestimatorias”, según concepto de Palomino Manchego. Las primeras acogen la demanda.

127. Entre las estimativas, tenemos las sentencias de nulidad absoluta, las de incompatibilidad y las de efectividad diferida.

Las segundas, no les dan razón. Sin embargo, este es un esquema muy elemental de comprenderlas, pues cuando la Corte Constitucional expide una sentencia en materia de inconstitucionalidad de las leyes, eventualmente la declaración de inconstitucionalidad de ella, puede terminar ocasionando mayores inconstitucionalidades que las que busca remediar.

Por ejemplo, para el caso español, el hecho de que el Tribunal Constitucional confirme la adecuación a la Constitución de una disposición legal, desestimando en consecuencia el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, en modo alguno supone que aquélla devenga irrevocable, como si gozara ya, por este hecho, de una eterna presunción de constitucionalidad *iuris et de iure*. Pues la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al respecto, solamente establece la siguiente restricción: “Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía, fundado en infracción de idéntico precepto constitucional” (art. 38.2). Consiguientemente, nada impide que mediante una cuestión el Tribunal vuelva a enjuiciar una norma cuya constitucionalidad fue ya declarada en un anterior recurso de inconstitucionalidad...¹²⁸

Por otro lado, también en España y en cuanto a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, apreciada la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal ha de proceder a la declaración de nulidad de la misma, pues según se establece

128. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco; GÓMEZ MONTORO, Ángel; MEDINA GUERRERO, Manuel; REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. Op. Cit., página 69.

en la LOTC, “Cuando la Sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”. La Sentencia estimatoria implica, pues, la pérdida de vigencia en el futuro de las normas inconstitucionales, al suponer la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos por ella afectados.¹²⁹

Las decisiones de la Corte Constitucional no tienen en Colombia mayores posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno, la única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el extraño procedimiento de nulidad del fallo constitucional el cual nunca ha prosperado. Como ya lo manifesté en otro libro, una vez expedido el fallo, si no es de nuestro gusto, debemos quejarnos ante “el mono de la pila”. Es por ello que, el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana sostuvo que: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra”.

2. Modulaciones que afectan el contenido, o sentencias “manipulativas”

Los distintos Tribunales Constitucionales han aportado al Derecho Comparado sentencias, una de las cuales, se llaman “Manipulativas”, (en la doctrina italiana *decisioni manipolative*), que comprende, a su vez, a las sentencias interpretativas o condicionales, a las integradoras o aditivas y a las sustitutivas. El

129. *Ibíd.*, páginas 69-70.

principal argumento que las justifica, según la doctrina, es el principio de seguridad jurídica, y entrañan una verdadera transformación del significado de la ley. “Es decir, a fin de no crear un vacío legislativo, generador de mayor inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional opta por no expulsar la ley del ordenamiento, si es que esta ley, después de ser ‘manipulada’, puede ser entendida conforme a la Constitución. Teóricamente, esa posibilidad del Tribunal Constitucional de ‘manipular’ la ley parte de la distinción entre ‘disposición’ y ‘norma’, propia de la Teoría General del Derecho. Así, mientras que por ‘disposición’ debe entenderse al enunciado lingüístico de un precepto legal, esto es, las letras y frases que integran un dispositivo legal; por ‘norma’, en cambio, se entiende el sentido o los sentidos interpretativos que de dicho enunciado lingüístico se puedan derivar. Evidentemente, el Tribunal Constitucional no manipula la disposición, que es una competencia exclusiva del legislador. Lo que manipula, son los sentidos interpretativos que de esa disposición se pueda extraer”.¹³⁰

Como ejemplo, podemos citar uno de los que analiza Edgar Solano Gutiérrez¹³¹, cuando la Corte Constitucional colombiana resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el art.1852 (parcial) del Código Civil, que establece la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre cónyuges no divorciados. El texto del artículo demandado

130. PALOMINO MANCHEGO, José. Ponencia citada.

131. SOLANO GONZÁLEZ, Edgar. Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia. Colección Tesis de Grado # 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2000, página 23.

dispone: Es nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados y entre el padre y el hijo de familia”.

La Corte Constitucional consideró lo siguiente en la parte motiva de la Sentencia C-068 de 1999: “Se parte del supuesto de que los contratantes podrían ocultar mediante la compraventa una donación irrevocable, o simular con su cónyuge tras la apariencia de un contrato de supuesta enajenación de bienes de su propiedad, en perjuicio de terceros, lo que es tanto como dar por preestablecida la falta de rectitud, lealtad y probidad de quien así contrata, es decir, su mala fe, lo que resulta contrario a la norma constitucional consagrada en el art. 83 de la Carta Política que, precisamente, dispone lo contrario cuando en ella se instituye como deber el proceder conforme a los postulados de la buena fe, sin que existan razones valederas para que pueda subsistir en la ley la presunción de que los contratantes, por ser casados entre sí actuarán de mala fe. Como consecuencia de lo anterior, la Corte decidió eliminar la expresión ‘entre cónyuges no divorciados y’, por considerar que el enunciado desconoce la presunción de buena fe establecida en el art. 83 de la Constitución...”.

En las sentencias de tipo manipulativo, la Corte se presenta como un verdadero legislador positivo, pues incorpora al ordenamiento jurídico nuevos contenidos normativos eliminando apartes de la norma jurídica bajo su cuidado o de una norma elaborada a través de la interpretación de una o varias disposiciones normativas, de manera tal que cambia el significado del enunciado legal demandado, como señala Edgar

Solano González¹³², para quien estas sentencias no deben confundirse con las de inconstitucionalidad parcial, que declaran la invalidez de una parte del texto legal (un artículo, un párrafo) dejando como válidas las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo demandado (por ejemplo, se demanda ante la Corte Constitucional un artículo del Código Penal, en caso de ser declarado inexecutable sólo afectaría la validez del precepto impugnado y no las demás disposiciones contenidas en el texto legal)...

...Las sentencias manipulativas plantean el inconveniente de interferir en las competencias normativas del legislador, es decir, mediante este tipo de decisiones la Corte Constitucional integra al ordenamiento jurídico una nueva disposición normativa (por adición o sustitución) inicialmente no deseada por el Congreso. Sin embargo, esta técnica es admisible únicamente si el precepto es deducible de las normas o principios contenidos en la Constitución, esto es, cuando la regla Rf determinada por el texto constitucional es deber del juez constitucional deducirla, por el contrario, si no esta presente y existen varias posibilidades legislativas, es al legislador a quien corresponde establecer la disposición legal en ejercicio de su libertad de configuración normativa...

...En suma, las sentencias manipulativas (por adición o sustitución) proferidas por el juez constitucional en los juicios de constitucionalidad de la ley, tienen como fin alterar el alcance normativo del precepto legal impugnado. Por tanto, el juez no

132. SOLANO GONZÁLEZ, Edgar. , Op. Cit., página 22 y página 28.

puede ser considerado únicamente como un legislador negativo, al contrario, asume en ciertas ocasiones el papel de legislador positivo, en la medida en que establece normas jurídicas con fuerza vinculante a través de la sentencia de constitucionalidad. Sin embargo, la decisión manipuladora esta justificada cuando el juez constitucional deriva la regla del texto constitucional a través de su actividad interpretativa, es decir, el juez determina el precepto con base en los principios y normas constitucionales. Por el contrario, cuando existen diversas soluciones normativas, la Corte Constitucional debe abstenerse de configurar la regla y dejar espacio para que sea el legislador ordinario quien expida la disposición legal.

Desde esta perspectiva, las modulaciones que afectan el contenido de la sentencia, pueden ser entonces:

Sentencias interpretativas o condicionales, con acogimiento o rechazo.¹³³ En este tipo de decisiones, la Corte restringe el alcance normativo de la disposición acusada, ya sea limitando su aplicación, ya sea limitando sus efectos. Estas sentencias interpretativas suponen entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulte conforme con ella, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella. Se dice que es una sentencia manipulativa, pues después del

133. Esta última es la denominación que les da el Tribunal Constitucional italiano: *accoglimento*, para acogimiento y *rigetto*, para rechazo.

pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el texto de la norma subsiste con un criterio de interpretación constitucionalmente admisible, que probablemente no fue el deseado por el legislador. Es de lejos la técnica más usual, ratificada por la Corte en la Sentencia C-496 de 1994. Un ejemplo, sobre este tipo de fallos, lo encontramos en la sentencia C-702 de 1999 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente, Doctor Fabio Morón Díaz.

El Tribunal Constitucional español, en la STC 5/1981, vino a definir las sentencias interpretativas como aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados”. La fundamentación, pues, de este tipo de Sentencias encuentra un anclaje en el principio de conservación de la Ley y en su exigencia de interpretación conforme a la Constitución, de tal modo que, cuando una norma permite diversas lecturas, el Tribunal Constitucional podrá identificar cuál o cuáles de ellas se cohonestan con el texto constitucional, sin verse constreñido a declarar inconstitucional la disposición legal.¹³⁴

En términos muy semejantes, ese mismo Tribunal, en decisión STC 11/1981 consideraría

134. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco; GÓMEZ MONTORO, Ángel; MEDINA GUERRERO, Manuel; REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. Jurisdicción y procesos constitucionales. Colección Elementos - Ciencias Jurídicas. Editorial McGrawHill, Madrid, 2000, página 73.

sentencia interpretativa aquélla “a través de la cual se declare que un determinado texto no es constitucional si se entiende de una determinada manera”. Parecía, por tanto, con estas definiciones, partirse de la idea -probablemente más correcta- de que solamente podía haber Sentencias interpretativas desestimatorias de la inconstitucionalidad. Sin embargo, aunque esta es la hipótesis más frecuente, también se han dictado Sentencias interpretativas estimatorias, en las que se declara inconstitucional la norma en cuestión interpretada en un determinado sentido.¹³⁵

En cuanto a las interpretativas estimativas o de acogimiento, consideran inconstitucionales ciertas interpretaciones del enunciado normativo, vale decir ciertas normas que surgen de la interpretación considerada inconstitucional, siendo tal o tales interpretaciones expulsadas del ordenamiento jurídico, aun cuando se mantiene inalterado el enunciado normativo del cual surgen dichas interpretaciones, como lo señala el profesor Nogueira Alcalá.

Por su parte, en las interpretativas desestimatorias o de rechazo, el profesor Nogueira Alcalá dice que surgen al establecer la interpretación conforme a la Constitución del enunciado normativo. Aunque estos dos tipos de sentencias son, como señala Zagrebelsky, las dos caras de la misma medalla.

La Corte Constitucional de Colombia ha hecho uso muy frecuentemente de este tipo de sentencias, como la C-545 de 1992, la C-473 de 1994, la C-496 de 1994, entre otras, o la C-109 de 1995, última en la que

135. *Ibíd.*, página 70, nota de pie de página 48.

se reconoce que expedir sentencias de interpretación conforme a la Constitución es una práctica arraigada en la tradición jurídica nacional proveniente de la Corte Suprema de Justicia, en los casos en que ella controlaba la constitucionalidad de las leyes bajo el imperio de la Constitución de 1886.

Las sentencias interpretativas o condicionales buscan entonces preservar la obra legislativa, eliminando sólo las eventuales interpretaciones y aplicaciones que puedan ser consideradas contrarias al orden jurídico. Sólo cuando una norma no tiene ninguna interpretación conforme a la Constitución corresponde al Tribunal Constitucional respectivo expulsarla del ordenamiento jurídico, concluye Nogueira Alcalá.

Sentencias integradoras o aditivas. Otro tipo de modulación manipulativa corresponde a las sentencias integradoras o aditivas. Son aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la ley (omisión legislativa relativa o vulneración del principio de igualdad) para que esta fuera constitucional. Así, según Solano González¹³⁶, el juez constitucional en virtud del valor normativo de la Constitución, proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para integrar las indeterminaciones del texto legal demandado (precepto legal incompleto o defectuoso). Por tanto, el juez constitucional mediante el empleo de este tipo de decisión, garantiza la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2° C.P.).

136. SOLANO GONZÁLEZ, Edgar. , Op. Cit., página 45.

Sobre el particular, el profesor Juan Manuel Charry¹³⁷, dice que “(E)n virtud del artículo 4º, la Corte Constitucional pronuncia sentencias a fin de asegurar la integridad y supremacía de la Constitución, de tal forma que las normas legales incorporen o desarrollen los mandatos de la Carta. Por eso, ante la insuficiencia legal, el juez constitucional puede proyectar las disposiciones superiores directamente al caso, aun cuando en apariencia adicione el orden legal”. También, en España se dice que en ellas se declara inconstitucional el precepto en la medida en que el legislador no ha tomado en consideración algo que, constitucionalmente, debió preveer. En suma, la inconstitucionalidad no reside en lo que la disposición dice, sino en lo que omite.¹³⁸ En estas sentencias, la Corte no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional. Se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado en sus inicios. En estos casos, el Tribunal Constitucional constata, en el fondo, una omisión legislativa, puesto que la regulación es inconstitucional, no por lo que expresamente ordena sino debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos, que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución.¹³⁹

137. CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. Sistema Normativo en la Constitución de 1991. Segunda edición, Temis, Bogotá, D.C., 1997, página 14.

138. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco; GÓMEZ MONTORO, Ángel; MEDINA GUERRERO, Manuel; REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. Jurisdicción y procesos constitucionales. Colección Elementos - Ciencias Jurídicas. Editorial McGrawHill, Madrid, 2000, página 74.

139. Sobre el particular, ver, por ejemplo, las sentencias C-109 de 1995 y C-690 de 1996 de la Corte Constitucional.

Doctrinantes como Gaspar Caballero Sierra¹⁴⁰, han entendido que las decisiones aditivas, al igual que las sustitutivas (el dice “sustitutivas”), conforman dos partes diferentes: Una inexecutable de la norma legal impugnada y otra reconstructiva, con lo que la Corte procede a dotar a esa misma disposición de un contenido diferente de conformidad con los principios constitucionales. También se da el caso de leyes incompletas que han servido de criterio para que la Corte Constitucional en su labor de examen de las disposiciones impugnadas, las adecue a través de sus sentencias a los principios y valores de la Carta, en cierta forma integrándolas o incluso, modificándolas, en lo que algunos han denominado, su actividad “paralegislativa”. Frente al estudio de estas Sentencias, la Corte se pregunta ¿qué hacer? y la respuesta es que, en los casos en que se presente, se declara que esa ley es inconstitucional “en la parte que no prevé”, y en consecuencia se suprime del precepto las letras o frases que introducen el elemento desigualitario.

Al respecto de las sentencias aditivas, Zagrebelsky considera: “Las sentencias de adición o `agregadoras´ (...) cuando una disposición tiene un alcance normativo menor de aquel que, constitucionalmente, debería tener. La Corte Constitucional interviene en estos casos declarando inconstitucional la disposición en la parte en la cual no prevé algo que debería prever. En estos casos, lo que resulta incorrecto desde el punto de vista

140. CABALLERO SIERRA, Gaspar. “Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios”, publicado 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.

constitucional no es la previsión negativa contenida en la ley (Ej.: Una excepción, una limitación, etc.): En efecto, la ley no se pronuncia. Pero, justamente en ese silencio esta la inconstitucionalidad. La decisión de inconstitucionalidad golpea entonces una omisión del legislador y a partir de esta declaración de inconstitucionalidad se razona como si la norma faltante llegara a existir¹⁴¹.

Otra explicación se encuentra en la propia jurisprudencia colombiana; en la Sentencia C-109 de 1995, la Corte Constitucional dijo¹⁴²: Las sentencias integradoras encuentran entonces su primer fundamento en el carácter normativo de la Constitución, puesto que el juez constitucional, con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales. Pero ello, si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado legal es contrario a la carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos. El juez en este caso en manera alguna esta legislando, pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas, tiene una suprema fuerza normativa (art. 4 C.P.) (...) Este tipo de efectividad establecido por el art. 2 de la Carta, puesto que los órganos del Estado en general, y los jueces y la Corte Constitucional en particular,

141. SOLANO GONZÁLEZ, Edgar. Op. Cit., página 26.

142. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-109 de 1995.

deben buscar en sus actuaciones, hacer realidad los principios, derechos y deberes constitucionales así como el orden de valores que la Constitución inspira a instaurar. Es pues natural que los jueces, y en particular el juez constitucional, integren en sus sentencias los mandatos constitucionales (...) Finalmente, estas sentencias integradoras encuentran fundamento en la propia función de la Corte Constitucional en la guarda de la supremacía e integridad de la Carta (C.N., art. 241). En efecto, en muchas ocasiones una sentencia de simple exequibilidad o inexecuibilidad resulta insuficiente, ya que ella podría generar vacíos legales que podrían hacer totalmente inocua la decisión de la Corte. En tales casos, la única alternativa para que la Corte cumpla adecuadamente su función constitucional es que, con fundamento en las normas constitucionales, ella profiera una sentencia que integre el ordenamiento legal con el fin de crear las condiciones para que la decisión sea eficaz”.

Para Moreno Millán¹⁴³, son tres los fundamentos constitucionales de las sentencias integradoras: i) El carácter normativo de la Constitución, ii) Efectividad de los principios y derechos consagrados en la Carta y, iii) La función jurisdiccional de la Corte.

El profesor Humberto Nogueira Alcalá, dice que este tipo de sentencias constituye la muestra más clara del activismo judicial de los Tribunales Constitucionales, lo que supera su concepción tradicional de órganos que cumplen una función de expulsión de normas del ordenamiento jurídico y no de creador de ellas. Este

143. MORENO MILLÁN, Franklyn. La Jurisprudencia Constitucional como Fuente del Derecho. Editorial LEYER, Bogotá, D.C., 2002, página 65.

tipo de sentencias son constitutivas, en la medida que ellas innovan en el ordenamiento jurídico.

Y por tanto, este tratadista considera que las sentencias aditivas adoptan dos modalidades: “A través de la primera, la omisión implicaba sólo una laguna, la que es cubierta por la labor interpretativa del Tribunal Constitucional. A través de la segunda modalidad, el Tribunal considera que una omisión derivada de la norma significa exclusión, por lo que la eliminación de la omisión implica incluir a aquellos que habían sido marginados o discriminados arbitrariamente con dicho precepto (sentencias integradoras)”.¹⁴⁴

Sobre este tipo de fallos, el mismo Nogueira Alcalá ha expresado que la Corte Constitucional colombiana tuvo que estudiar las disposiciones normativas de una ley tributaria que imponía draconianas sanciones económicas a quienes no presentaran las declaraciones de renta en los lugares y momentos determinados por la administración tributaria. La parte demandante consideró que la norma imponía una responsabilidad objetiva que impedía al contribuyente demostrar que la omisión de tal obligación tributaria se producía por una fuerza mayor o un caso fortuito. La Corte Constitucional, en la sentencia C-690 de 1996, acogió el criterio de la demandante, considerando que es contrario a la Constitución, y en especial a los principios de responsabilidad subjetiva, equidad tributaria e

144. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. #2, julio-diciembre de 2004. Editorial Porrúa, México, página 92. También publicada en: CD de Memorias del II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Derecho Constitucional. San José de Costa Rica, julio de 2004.

igualdad, que se sancione a una persona que ha estado imposibilitada de presentar la declaración de renta, declarando la constitucionalidad de las disposiciones normativas acusadas, pero en el entendido que las autoridades administrativas y judiciales deben “permitir a la persona demostrar que el no cumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria no le es imputable, por ser consecuencia de hechos ajenos a la voluntad, como el caso fortuito y la fuerza mayor”¹⁴⁵.

Sentencias sustitutivas. Las sentencias sustitutivas se desarrollaron en Italia, hacen referencia a aquellos eventos en donde la Corte expulsa del ordenamiento jurídico una disposición acusada, y sustituye el vacío normativo por una regulación específica, que tiene raigambre constitucional directa. En cierta medida, estas sentencias son una combinación de sentencia de inconstitucionalidad y sentencia integradora, ya que anulan el precepto acusado a través del fallo de inexecutableidad, con lo cual generan un vacío de regulación, que se llena por medio de un nuevo mandato que la sentencia adiciona o integra al ordenamiento.¹⁴⁶ Decisiones como estas han planteado el problema de la legitimación de la Corte Constitucional para llenar vacíos normativos, que en principio deberían corresponder al legislador pero que por imperativo constitucional

145. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-690 de 1996. M.P., DR., Dr. Alejandro Martínez Caballero.

146. En la Sentencia C-113 de 1993, cuando la Corte estudió el art. 21 del Decreto 2067 de 1991, declaró la inconstitucionalidad de ese artículo, al considerar que la ley no podía regular los efectos de los fallos del Tribunal Constitucional, pues esa era una atribución propia de la Constitución o, en su defecto, de la misma Corte Constitucional. Se estableció además un contenido sustituto para la norma, puesto que señaló que, conforme a la Constitución, correspondía exclusivamente a la propia Corte fijar libremente los efectos de sus fallos.

debe aquélla subsanar como especificadora de los derechos, puesto que el control de constitucionalidad debe estar siempre sujeto al espíritu y a los valores supremos de la Carta, según Caballero Sierra¹⁴⁷ y, según Solano González¹⁴⁸, esta técnica es empleada cuando una ley establece una determinada situación y por la Constitución debería disponer algo diverso, por tanto, el juez constitucional determina la inconstitucionalidad de la disposición legislativa por su contenido material y procede a integrar una nueva normativa acorde con el texto constitucional, en sustitución del precepto legal declarado inexecutable...

...Un claro ejemplo de sentencia sustitutiva es el siguiente: Los arts. 89, 91, 95 y 98 del Decreto-Ley 2737 de 1989 (Código del Menor) consagran aspectos relativos a la adopción por parte de las parejas casadas y a la posibilidad de que el hijo de uno de los cónyuges sea adoptado por el otro.

La Corte Constitucional determinó la existencia de una discriminación contra la familia constituida por vínculos naturales (unión marital de hecho), esto es, el criterio de diferenciación establecido por el legislador vulnera el principio de igualdad de trato que debe existir entre las familias conformadas por vínculos naturales y jurídicos, como también la igualdad de los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él. Así lo ha expresado la Corte: “Las normas acusadas del Código del Menor, expedidas antes de entrar en vigencia la Constitución que hoy rige, adolecen de una inconstitucionalidad sobreviviente puesto

147. CABALLERO SIERRA, Gaspar. Op. Cit., página 415.

148. SOLANO GONZÁLEZ, Edgar. Op. Cit., páginas 24 a 26.

que a la luz del nuevo orden superior, infringen el principio de igualdad que debe existir entre la familia surgida de un matrimonio válidamente celebrado y la originada en vínculos naturales (uniones de hecho) y, por ende, vulnera algunos de los derechos de los niños consagrados en los arts. 13, 42 y 44 del Estatuto Superior, cuya prevalencia es expresa, cuales son: El de igualdad, el de tener una familia y no ser separado de ella, el de recibir cuidado y amor y el de protección en caso de abandono”. En este orden de ideas, la Corte Constitucional profirió una sentencia (C-477 de 1999) con efectos aditivos por medio de la cual eliminó la diferencia de trato, mediante la ampliación del régimen discriminatorio a supuestos de hecho inicialmente no previstos por el legislador, para de esa manera asegurar que el tratamiento igual se otorgue a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de su pareja. La Corte dispuso lo siguiente en la parte resolutive del fallo: “Declarar exequibles los arts. 89 salvo el inciso segundo, 91, 95 y 98 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) (...) cuando se entienda que dichas normas también son aplicables a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de su pareja”.

Nuestro ya citado Profesor Nogueira Alcalá, en su estudio “Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur”, analizó también un caso que nos atañe y es el de la Sentencia C-113 de 1993, que revisó el Decreto 2067 de 1991 (“Mini-Código” del Procedimiento ante la Corte Constitucional), por medio de la cual, esta Alta Corporación “declaró inconstitucional la disposición que precisaba taxativamente los casos donde la Corte podía otorgar

efecto retroactivo a sus fallos. La Corte Constitucional, en la sentencia citada, fuera de declarar inconstitucional el artículo referido, ya que los efectos de los fallos del Tribunal no podían ser regulados por ley, siendo una competencia propia de la Constitución o, en su defecto, de la propia Corte Constitucional, determinando, además que, conforme a la Constitución, correspondía a la propia Corte Constitucional determinar libremente los efectos de sus fallos”.¹⁴⁹

Sentencias apelativas o exortativas. Son el resultado de la constatación de situaciones aun constitucionales, donde se hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por la Corte, con la consecuencia adicional que si ello no ocurre, el Tribunal aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva.

Una más extensa explicación es la de Nogueira Alcalá¹⁵⁰, para quien estos fallos van desde un simple consejo al legislador, hasta fórmulas más coactivas, que llaman al legislador a regular una materia establecida en la Constitución.

Bajo esta denominación de sentencias exhortativas, dice Nogueira Alcalá, puede agruparse un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del

149. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-690 de 1996. M.P., DR., Dr. Alejandro Martínez Caballero.

150. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Artículo citado, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, página 97.

marco constitucional, de no hacerlo así el legislador podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva.

Estas sentencias limitan la libertad de configuración del orden jurídico que desarrolla el legislador, ya que advierten la existencia de una situación jurídica que no es aún de inconstitucionalidad si actúa diligentemente el legislador para cubrir el eventual estado de inconstitucionalidad o para superar la situación producida producto del desarrollo o evolución científico o técnico, que exige una adecuación a la nueva realidad. Y, en algunos casos, las sentencias exhortativas llevan también aparejadas lo que la doctrina denomina bloqueo de aplicación, consistente en que la norma es inaplicable a los casos concretos que dieron lugar al examen de constitucionalidad, quedando suspendidos los procesos hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa que regulan las respectivas situaciones.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-436 de 1994¹⁵¹, ha justificado este tipo de pronunciamientos al decir que: “Con esta modalidad de exhorto, esta Corporación no esta, en manera alguna, desbordando su competencia o invadiendo la órbita de actuación del Congreso. Por el contrario, el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo es lo que explica que la Corte se haya abstenido de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales... El exhorto no debe, entonces, ser visto como una ruptura de la división de poderes son como una expresión de la colaboración de

151. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-436 de 1994.

los mismos para la realización de los fines del Estado... Además, este tipo de exhorto no es en manera alguna innovación doctrinaria de esta Corte o de esta sentencia, sino que este surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquélla que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del legislador”.

Modulaciones relativas al efecto temporal o prospectivas: Según el estudio de Nogueira Alcalá, sobre efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los Tribunales Constitucionales no hay una sola posición y los ordenamientos jurídicos toman parte por darle mayor fuerza a la supremacía constitucional o a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios, al respecto, así en el derecho comparado, en el caso de los Tribunales Constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como regla general. En el ámbito sudamericano, existe también una heterogeneidad de criterios en la materia como lo muestran las respectivas legislaciones que encuadran la actividad de los Tribunales Constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-221 de 1997 justificó las sentencias prospectivas señalando que “la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que

en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales”.

- a. Sentencias de inconstitucionalidad retroactiva o *ex tunc*. La Corte puede modular los efectos temporales de su decisión y, en casos excepcionales puede retrotraer los efectos de las sentencias a situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional¹⁵². Estos fallos pueden producir ciertos problemas de seguridad jurídica al afectar situaciones jurídicas y derechos adquiridos consolidados y efectos jurídicos ya producidos, como lo exige el principio de seguridad jurídica, ya que tienen efectos en Colombia desde la adopción de la decisión en Sala Plena, así no se conozca el texto del fallo. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hay diversas sentencias que han determinado unos efectos *ex tunc*, así ocurrió con el fallo C-149 de 1993, en que la Ley 6 de 1992, había establecido un impuesto retroactivo, el que fue declarado inconstitucional, pero como muchos contribuyentes ya habían cancelado el gravamen, se ordenó la devolución inmediata de las sumas canceladas en los Bonos de Guerra, ya

152. Se presentó un caso que tuvo luego grandes consecuencias y es que la Corte declaró inexecutable la norma que obligaba a suscribir unos Bonos de Seguridad Ciudadana, conocidos como los “Bonos de Guerra” y el Estado tuvo que devolver a los contribuyentes lo aportado, avocándose una nueva reforma tributaria. Este es el precio de la relación entre la Corte Constitucional y el legislador, que resulta más compleja de lo que se deriva de la simple definición de sus funciones como un legislador negativo, o como un sustituto positivo del legislador, como lo afirma el doctor Gaspar Caballero Sierra en su estudio citado, páginas 409 a 426.

citados. En otros casos, la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable del Decreto con fuerza de ley desde el momento mismo en que se había declarado la inexecutable del Decreto que había establecido el respectivo Estado de Excepción de Emergencia, como es el caso de la Sentencia C-187 de 1997. Asimismo, en fallo C-619 de 2003, se determinó que el efecto del fallo que resolvió la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 900 de 2003, que había sido dictado por el gobierno en virtud de un Estado de Excepción Constitucional prorrogado declarado inconstitucional por el propio Tribunal en la sentencia C-327 de 29 de abril de 2003, tenía el carácter de determinar la pérdida de vigencia del mismo desde el momento de su expedición¹⁵³.

- b. Sentencias con efecto pro futuro o ex nunc. Siguiendo el modelo kelseniano o austriaco, las decisiones de inexecutable pueden tener efecto pro futuro, e implican que apenas es notificada la sentencia, la disposición sale del ordenamiento pero no modifica las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma acusada¹⁵⁴. Un Tribunal Constitucional puede ir incluso más allá y determinar un período de transición para evitar serios inconvenientes a la estabilidad económica y política de la sociedad, lo que no resulta ilógico,

153. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 619 de 2003 en Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano N°3, Madrid, Universidad Carlos III. Página <http://77www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JC/revista-03-jur-col5.htm>

154. Según el art. 21 del Decreto 2067 de 1991, inciso 2, los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el art. 149 de la Constitución.

siempre y cuando, en aplicación del principio de razonabilidad, se sustente tal tipo de disposición y se establezca un plazo de vigencia razonable, como lo expresa Paul Rueda Leal¹⁵⁵. Esta clase de resolución fue literalmente inventada por la jurisprudencia constitucional alemana hace más de cuarenta años debido a razones de eminente necesidad práctica. La doctrina se encuentra dividida en cuanto a su aceptación. La crítica más dura consiste en preguntar si resulta jurídicamente posible exigirle al ciudadano afectado por una norma inconstitucional, soportar los efectos de ella a pesar de su inconstitucionalidad. En respuesta, se ha dicho que se debe distinguir entre justicia subjetiva y objetiva. Desde el segundo punto de vista, existen ocasiones en que el bien de la sociedad obliga a un cierto sacrificio particular. El art. 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia determina que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”, norma que fue declarada executable, por la Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1996, precisando que: “Los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: La supremacía de la Constitución -que aconseja atribuir a la decisión efectos ex

155. RUEDA LEAL, Paul. Fundamento Teórico de la Tipología de Sentencias en Procesos de Constitucionalidad. En: Memorias II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional. San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004. CD-ROM.

tunc, esto es, retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica -que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro-”.

- c. Sentencias de inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal. En estos casos, la Corte ha constatado la inconstitucionalidad de una regulación, pero se ha abstenido de anularla, pues ha considerado que el vacío normativo genera una situación muy compleja, por lo cual es necesario que el legislador corrija la situación¹⁵⁶. El argumento más común en este tipo de sentencia consiste en evitar que como consecuencia de un fallo de anulación, se genere una situación aún más perjudicial para la estabilidad política y social de un país, que la que esta produciendo la situación inconstitucional impugnada. Por ejemplo, la posibilidad de que una ley, a pesar de su inconstitucionalidad, se mantenga vigente durante un cierto período a fin de evitar las graves consecuencias que su repentina anulación podría suscitar. Esto permite lo que la jurisprudencia alemana ha llamado “una afable transición” de la declarada situación de inconstitucionalidad al estado de normalidad. En el caso de las

156. Esto ocurrió particularmente al expedirse la Sentencia C-700 de 1999 que 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.

En el caso particular colombiano, según Gaspar Caballero Sierra, en su artículo citado, página 414, existen deberes de protección que van más allá de la protección general del ciudadano, tales como el bien jurídico de la vida, que exigen determinadas obligaciones de mejora por parte del legislador y que este no ha realizado por lo que la Corte Constitucional en los casos que deba actuar necesariamente tiene que acudir a nuevos parámetros decisorios, no frente a regulaciones excesivas, sino frente a regulaciones insuficientes y a veces inexistentes por parte del legislador.

sentencias de efectividad diferida, como sí poseen sustrato normativo, el vencimiento del plazo para la emisión de la normativa reparadora tiene como consecuencia la nulidad de la norma impugnada con efectos *ex nunc*, sin importar las consecuencias materiales que importe, pues el legislador dejó pasar el tiempo que le confirió el Tribunal Constitucional.

La Corte estableció por vía jurisprudencial un test para justificar este tipo de sentencias, que se basa en los siguientes puntos contenidos en la Sentencia C-737 de 2001¹⁵⁷: i) La Corte debe justificar esta modalidad de decisión; ii) Debe aparecer claramente dentro del expediente que la expulsión simple afecta más valores que resultan vulnerados con este tipo de fallo; iii) El tribunal debe explicar por qué recurre a este tipo de decisión y no a una sentencia integradora y, iv) Se debe justificar el plazo conferido.

Modulaciones de El Derecho de los Jueces:

- a. Sentencias fundadoras de línea. Generalmente son fallos proferidos en los años 1991-1992¹⁵⁸, en los que la Corte aprovecha sus primeras sentencias de revisión para hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos constitucionales. Son sentencias usualmente muy pretenciosas en materia doctrinaria y en las que se hacen grandes

157. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-737 de 2001.

158. Este período es un error de Diego López, ya que la Corte Constitucional fue instalada el 17 de febrero de 1992 por el Presidente César Gaviria, así hubiese sido creada con la Constitución de 1991. La primera Sentencia expedida (T-001 de 1992), data del 3 de abril de dicho año y tuvo como ponente al Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

recuentos de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio. Son, por sus propósitos, sentencias eruditas, a veces ampulosas y casi siempre largas, redactadas en lo que Llewellyn llamaba *grand style*. Se apoyaban en el vacío jurisprudencial existente para consagrar visiones reformistas de la sociedad colombiana. Algunas de estas sentencias consagraban, en consecuencia, posiciones utópicas e incluso contra-sistémicas. Su energía política se derivaba de la refundación constitucional de 1991, en una época temprana en que la energía de la nueva creación política todavía corría tumultuosa por los círculos políticos. Con frecuencia desconcertante estas sentencias provienen de la pluma de Ciro Angarita, el Magistrado que mejor se identifica con el pathos de renovación de la Carta del 1991. Las características de estas sentencias, por otra parte, hacen que estén plagadas de dicta y que, debido a su energía reformista, expresen balances constitucionales sin vocación de permanencia dentro de la jurisprudencia. Estas dos características hacen que estas sentencias sean documentos de la mayor importancia pero que no contengan, en la mayoría de los casos, los balances constitucionales actualmente vigentes.

- b. Sentencias hito. Son aquéllas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de

la sentencia: Cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre ratio y obiter, y otras técnicas análogas. Son, usualmente, sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de Magistrados disidentes. Las sentencias de unificación (SU) usual, pero no necesariamente, son sentencias hito. Es importante notar, igualmente, que las sentencias SU no son, a priori, estructuralmente más importantes que sentencias normales de revisión (T) dentro de la línea. El peso estructural de la sentencia dentro de la línea tiene que ser apreciado en concreto por el investigador.

- c. Sentencias confirmadoras de principio. Son aquellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones, a un caso nuevo, del principio o ratio contenido en una sentencia anterior. Con este tipo de sentencias los jueces descargan su deber de obediencia al precedente. La mayor parte de sentencias de la Corte son de este tipo, mientras que las sentencias hito o las sentencias fundadoras de línea constituyen una proporción relativamente muy pequeña del total de la masa decisional.
- d. Jurisprudencia “pop”. Esta nueva clasificación de Diego López, un poco “pop”¹⁵⁹, surge en su texto

159. Dícese de un cierto tipo de música ligera y popular derivado de estilos musicales negros y de la música folclórica británica. En: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, Tomo II, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1994, página 1639.

“Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana”¹⁶⁰, como una tendencia propia de López que busca recrear una forma de ver la jurisprudencia con una clara arqueología y exige la reivindicación de la teoría local o particular del derecho, desde una concepción perspectivista y difusionista. Para esto, López Medina realiza un breve recuento de los estratos formativos de los que es consciente: “Primero, el trabajo de Savigny fue pionero en su esfuerzo de definir una teoría legal que no fuera una mera continuación de posiciones filosóficas generales. La reflexión de Savigny muestra que la teoría legal puede ser importante y autónoma puesto que hay objetos dentro de ella que ameritan atención por sí mismos. La jurisprudencia “pop”, entonces, participa del desplazamiento de la filosofía del derecho hacia la teoría jurídica logrado en el nacimiento, en Alemania, de una *Methodenlehre* (una ciencia de métodos jurídicos). Ver P. Casanovas y J.J. Moreso, *El Ámbito de lo Jurídico*, Crítica, Barcelona (1994) p. 8. En segundo lugar, y en cierta forma paralelo a las preocupaciones de Savigny, François Géný insiste en el hecho de que la filosofía legal no debería ser “filosofía profesional” sino “filosofía progresiva del sentido común” (...) filosofía del derecho en el sentido de crítica filosófica de la ciencia del derecho, siguiendo el modelo de crítica en las varias

160. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Universidad de los Andes - Universidad Nacional de Colombia - LEGIS Editores S.A., Bogotá, D.C., primera reimpresión, mayo de 2004, páginas 30 y 31.

ciencias naturales y sociales”, y por consiguiente llevada a cabo “en términos propios de la misma”. La *philosophie du sense comun progressif* “nace espontáneamente de la reflexión atenta y se pule a sí misma por medio de una continua integración de elementos de la experiencia colectiva”. François Géný, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique* 73 Sirey, París, (1912). Esta manera de ver la filosofía del derecho como una “filosofía de la acción” (Géný, *ibid*, p. xiv) está cercanamente relacionado con la “filosofía experimental” de Dewey y probablemente con la “sociología reflexiva” de Bourdieu. Savigny y Géný son, sin embargo, ejemplos más bien raros dentro del pensamiento jurídico europeo en donde el pensamiento abstracto sigue siendo el estandar corriente. Para ellos el punto esencial es poder relacionar la teoría y la práctica jurídicas: Para Savigny lo importante era poder estar en posesión de “verdadera experiencia”. Para tener una “experiencia verdadera es necesario tener siempre un conocimiento claro y vivido del todo, para poder comprender efectivamente en su totalidad el caso particular: sólo el teórico puede lograr que la práctica sea fructífera e instructiva”. Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Heliasta, Buenos Aires (1977) p. 142. Géný, mientras tanto, rechaza la noción según la cual “la teoría no tenga influencia en el desarrollo verdadero de la práctica jurídica (...) la alternativa no es sacrificar la práctica por la teoría. La pregunta es si la práctica ilustrada

no logra sus metas con gran certeza y de forma más completa que la práctica ciega (...) cuando la pregunta se hace de esta manera, no puede haber duda respecto a la respuesta”. Gény, *Science* p. xiv. En la jurisprudencia angloamericana, por otra parte, la idea de “jurisprudencia pop” esta vagamente inspirada en la insistencia de Llewellyn de identificar el “estilo” de una época mediante la lectura de la literatura por ella producida. Luego de Llewellyn muchos otros iusteóricos insisten, implícita o explícitamente, en desarrollar la teoría jurídica con el propósito, no de construir la erudición del estudiante, sino de ofrecer un análisis puntual de la cultura jurídica dominante...”.

Otros modelos sin modulación:

- a. Sentencias de control concreto de constitucionalidad. Según Nogueira Alcalá, ya citado¹⁶¹, los Tribunales Constitucionales que conocen del control concreto de constitucionalidad a través de cuestiones o de recursos específicos, así como los demás órganos de la estructura del Estado, quedan vinculados por las sentencias de la Corte desde que tienen conocimiento de tal decisión y las partes desde que son notificadas del respectivo fallo. En el caso de las sentencias sobre cuestiones de inconstitucionalidad, tienen

161. 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, páginas 374-375.

valor de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y tienen efectos generales. A su vez, las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad en control concreto impiden cualquier planteamiento ulterior por la misma vía fundado en la infracción del mismo precepto constitucional.

- b. Sentencias declarativas de inconstitucionalidad. Esta técnica se usa para declarar el precepto legal como inconstitucional, o declarar la incompatibilidad de la norma con la Carta Fundamental, sin determinar la razón de la anulación de dicha norma, lo que otorga al legislador la oportunidad de modificar la norma declarada inconstitucional, manteniendo abierta la posibilidad de que este configure la norma libremente dentro de los parámetros constitucionales, como ocurre en Alemania.
- c. Sentencias de inconstitucionalidad por omisión. Esta clasificación de inconstitucionalidad por omisión absoluta o relativa, fue dada por el Doctor Paul Rueda Leal¹⁶², Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

La omisión absoluta se presenta, por ejemplo, cuando el legislador no ejecuta del todo un mandato constitucional. Y, la omisión relativa se da, por ejemplo, cuando tal mandato se ejecuta parcialmente, de manera que solo aquello que falta, constituiría la inconstitucionalidad. No quiero ahondar en la

162. RUEDA LEAL, Paul. Ponencia citada.

controvertida definición de una omisión relativa, por la evidente dificultad de determinar hasta que tanto se trata de una acción defectuosa, en vez de una omisión parcial.

d. Sentencias con efectos en el ámbito personal.

En lo referente a los efectos del fallo respecto de las personas, las sentencias de los Tribunales Constitucionales y específicamente en el caso colombiano pueden tener efectos inter partes, lo que ocurre en la acción de tutela revisada, afectando la sentencia sólo a las partes que han actuado en el respectivo proceso; o pueden tener efectos erga omnes, si la decisión es vinculante respecto de todos, lo que otorga a la sentencia una fuerza similar a la que detenta el Poder Legislativo, pero de carácter inverso, al eliminar el precepto normativo del ordenamiento jurídico. Este es el efecto de las sentencias de los Tribunales Constitucionales de Colombia, donde las sentencias sobre acciones, revisión previa y control automático y obligatorio de constitucionalidad de preceptos legales¹⁶³; Bolivia respecto de las sentencias en recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad¹⁶⁴; Ecuador, respecto de las acciones de carácter directo y abstracto¹⁶⁵; Perú, respecto de las acciones abstractas y directas¹⁶⁶; y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela¹⁶⁷, siguiendo el estudio del

163. Cfr. art. 47 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley N° 270 de 1996) y 21 del Decreto 2067 de 1991.

164. Cfr. art. 58 de la Ley del Tribunal Constitucional.

165. Cfr. art. 22 de la Ley de Control Constitucional de 1997.

166. Cfr. art. 204 de la Constitución peruana de 1993.

167. Cfr. art. 336 de la Constitución venezolana de 1999.

profesor Humberto Nogueira Alcalá, ampliamente citado.

Sentencias atípicas.

También es una categorización de Nogueira Alcalá, para quien: “La Constitución Política no es sólo un conjunto de normas superiores del ordenamiento jurídico, sino que expresa un orden de valores que debe ser realizado por los operadores jurídicos y políticos de ella. A su vez, los enunciados constitucionales por regla general tienen un alto nivel de abstracción y admiten diversos desarrollos alternativos que pueden ser adoptados en base al principio democrático, a través de la posible alternancia en el poder de las fuerzas políticas que se suceden en el tiempo, todo ello por los medios definidos y regulados por la Carta Fundamental. Esta perspectiva de *textura abierta* de los preceptos constitucionales obliga a una interpretación de ella conforme con sus valores y principios en un sentido unitario y sistemático, buscando asegurar y garantizar al máximo posible, el pluralismo y la libertad del legislador en la configuración legal de la vida social y política, pudiéndose consultar a Zagreblesky, (negrillas fuera del texto). ***La justificación doctrinal de las sentencias atípicas*** tiene por base el principio de conservación de las normas legislativas que fundamenta la posibilidad de una intervención positiva y no solo negativa del Tribunal Constitucional, posibilitando el salvar de la norma legislativa, otorgando además certeza jurídica y aplicación uniforme del derecho, aplicando principios constitucionales y una interpretación sistemática y finalista. Por otra parte, a los Tribunales Constitucionales corresponde la tarea de realizar el

principio de legitimidad constitucional que exige de los tribunales una cada vez mayor conformidad del sistema normativo a los valores y principios constitucionales, los cuales debe tender a concretar a través de sus funciones jurisdiccionales, especialmente en aquellos ordenamientos como el chileno, donde existe el mandato constitucional imperativo no sólo de asegurar sino de promover los derechos fundamentales (art. 5 inciso 2), lo que otorga a la jurisdicción constitucional una visión flexible del binomio constitucionalidad-inconstitucionalidad, admitiendo modulaciones, grados y ponderaciones, siendo al Tribunal Constitucional a quién corresponde, con prudencia, elegir en cada caso, dentro de los distintos grados de conformidad del ordenamiento jurídico a la Constitución.

Sentencias sobre omisiones legislativas:

La inconstitucionalidad por omisión tiene dos variantes básicas identificadas por Nogueira Alcalá: La inconstitucionalidad por retardo y la inconstitucionalidad por negación.¹⁶⁸

La inconstitucionalidad por retardo o mora, resulta de la inercia de la autoridad para establecer la norma legal o general respectiva. El caso más conocido y frecuente es el retardo del legislador para dictar las leyes de desarrollo constitucional para organizar y regular poderes públicos u órganos constitucionales o para desarrollar y regular cláusulas que no tienen carácter autoejecutivas de la Carta Fundamental.

168. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Artículo citado, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, página 101.

La inconstitucionalidad por negación o por omisión relativa, existe cuando el órgano estatal no efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo, cuando el legislador sanciona la ley, pero lo hace incorrectamente, no regulando algunas hipótesis que debe regular o dejando lagunas en la legislación, excluyendo a un grupo del ejercicio de un derecho o negándole arbitrariamente la protección de sus intereses.

En el ámbito de los derechos fundamentales, continúa Nogueira Alcalá, puede sostenerse que hay inconstitucionalidad por omisión del legislador cuando la concreción legislativa es condición imprescindible para el desarrollo y ejercicio del derecho asegurado constitucionalmente y cuya omisión de parte del legislador daña su contenido esencial. El legislador no puede con su inactividad más allá de plazos razonables negar el ejercicio de derechos fundamentales asegurados constitucionalmente, porque de él no depende su existencia, la no regulación oportuna de los derechos fundamentales en su contenido esencial es equivalente a la negación del ejercicio del derecho.

En las últimas décadas, la Corte Constitucional colombiana ha sido uno de los Tribunales Constitucionales de América del Sur más activos en materia de determinación de omisiones legislativas inconstitucionales. Ya en la sentencia de 1996, la Corte Constitucional consideraba omisión legislativa “todo incumplimiento por parte del legislador de un deber de acción expresamente señalado por el constituyente”.¹⁶⁹

169. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543 de 1996.

Modelos Específicos de la Corte Constitucional colombiana:

- a. Sentencias o fallos de Unificación de Jurisprudencia:¹⁷⁰

En la Sentencia SU-120 de 2003 de la Corte Constitucional, se lee que las sentencias de unificación son una modalidad de fallos de tutela proferidos por la Sala Plena de la Corte Constitucional con el fin de asegurar la unidad del ordenamiento jurídico, unificar la jurisprudencia sobre derechos fundamentales y servir de referente interpretativo a todos los operadores jurídicos.

Las Sentencias de Unificación buscan garantizar los siguientes altos objetivos:

- Asegurar la efectividad de los derechos y colaborar así en la realización de la justicia material -art. 2 Superior.
- Procurar exactitud.
- Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces -art. 83 Superior-.

170. CORTE CONSTITUCIONAL. Reglamento. Artículo 54-A. Revisión por la Sala Plena. Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier Magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la trascendencia del tema amerite su estudio por todos los Magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena.

En tal evento, el Magistrado ponente registrará en la Secretaría el proyecto de fallo respectivo y se procederá a cumplir el mismo trámite previsto por el artículo 53 del Reglamento de la Corporación para el cambio de jurisprudencia, en materia de sentencias de revisión de tutela. (Acuerdo 01 de 31 de octubre de 1996).

- Unificar la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad.
- Permitir estabilidad.
- Otorgar seguridad jurídica materialmente justa.
- Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales.

Sin embargo, vale la pena indicar que las Sentencias de Unificación (SU), pese a su nombre no han contado con el sano propósito de unificar eventuales discrepancias entre la jurisprudencia proferida por las diversas salas de revisión de tutela en la Corte. Sin embargo, a la luz de un estudio sobre el particular¹⁷¹, sí reflejan fallos de alguna trascendencia, ya que la decisión de llevar un proyecto de sentencia ante la Sala Plena, por solicitud de algún Magistrado, puede deberse a la necesidad de unificar la jurisprudencia, a que este representa un posible cambio de jurisprudencia o a que, como dice el art. 34 del Decreto 2591 de 1991, “la trascendencia del tema amerite su estudio por todos los Magistrados”¹⁷².

171. Cfr. Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Directores Rodolfo Arango y Juliana Lemaitre. Estudios Ocasionales CIJUS, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, D.C., 2002, página 58.

172. Del estudio citado en la nota anterior, se extracta que del análisis de la labor unificadora de las sentencias SU no se puede observar en todos los casos un desarrollo jurisprudencial innovador que de origen a líneas más o menos definidas, pues las sentencias de este tipo, en muchos casos, se limitan a aplicar precedentes existentes a casos considerados de gran importancia, (por ejemplo la Sentencia SU-250 /98, M.P., DR., Dr. Alejandro Martínez Caballero, en la que simplemente se aplica doctrina previamente sentada por la Corte sobre improcedencia de la tutela para obtener el reintegro de una persona a un puesto de trabajo determinado), y en otros casos, limitan la posibilidad de utilizar las sentencias SU como precedentes judiciales de amplio espectro de utilización, (por ejemplo la Sentencia SU-225/98, M.P., DR., Dr. Eduardo

Por otro lado, cabe señalar que cuando se trata de cumplir¹⁷³ fallos simples de tutela (T), e incluso, Sentencias de Unificación (SU), el valor de sus efectos es inter partes, es decir que sólo surtirán efectos en el caso concreto y deberán estas ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por esta, según el art. 36 del Decreto-Ley 2591 de 1991, sin que haya obstado para la existencia de varias cláusulas en la Corte Constitucional, que de acuerdo con las inquietudes de los Magistrados, se incorporaron a sus decisiones.

Cifuentes Muñoz, en la que solicita una vacunación contra la meningitis por parte de padres de familia en un hogar comunitario).

173. COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto-Ley 2591 de 1991 (noviembre 19).

Artículo 52. Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez preferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiese señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.

Artículo 53. Sanciones penales. El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este Decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar.

También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivó la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual haya sido parte.

Sentencias sobre el Mínimo Vital:¹⁷⁴

Otro caso para buscar que no se deje sin efecto una decisión de la Corte Constitucional, se remite a lo que el profesor Mauricio García Villegas¹⁷⁵ llama una “acción de cumplimiento sui géneris”, prácticamente referida a las decisiones sobre el mínimo vital, donde el accionante de una tutela ya tiene un título que le permite exigir la acción del Estado y sin embargo hay un incumplimiento contractual que hace que en efecto no se le entreguen los recursos, y esta inacción pone en peligro la subsistencia del accionante. La Corte lo que hace en la mayoría de los casos es permitirle a estas personas que, en virtud de la urgencia, exijan el cumplimiento¹⁷⁶ a través de la acción de tutela, mucho más rápida y efectiva, y menos costosa que la vía ordinaria.

174. El derecho al mínimo vital o a la subsistencia, es un derecho de carácter fundamental reconocido por la Corte Constitucional colombiana como emanación de las garantías a la vida (artículo 11), a la salud (artículo 49), al trabajo (artículo 25) y a la seguridad social (artículo 48). Sobre el particular, pueden verse entre muchas otras, las sentencias T-426 de 1992, T-384 de 1993, T-597 de 1993, T-125 de 1994, T-005 de 1995, T-271 de 1995, T-351 de 1997, C-563 de 1997, T-011 de 1998, T-222 de 1998, T-307 de 1998, SU-995 de 1999, T-1103 de 2000, etc.

175. GARCÍA, Mauricio. *Derechos Sociales y Necesidades Políticas*. En: DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA, Mauricio. *El Caleidoscopio de la Justicia en Colombia*. Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, D.C., 2001.

176. “...la regla de la exigibilidad judicial de los derechos sociales se limita a aquellas situaciones de urgencia donde 1) si el Estado no interviene, garantizando un derecho social, se afecta gravemente el derecho a la subsistencia, vida o vida digna y 2) el Estado tiene, o debería tener, los medios para intervenir y esta intervención, en principio, se ha considerado ya una prioridad de inversión por parte del ejecutivo y el legislativo.” En: *Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital*. Directores Rodolfo Arango y Juliana Lemaitre. Estudios Ocasionales CIJUS, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, D.C., 2002, página 81.

El profesor Rodolfo Arango Rivadeneira¹⁷⁷ sobre el mínimo vital, dice que en primer lugar se sembró como una sencilla semilla en 1992, y que consiste en un argumento sencillo y es que la Constitución Política tiene valor normativo por su artículo cuarto, por lo cual los principios fundamentales como la dignidad humana y la solidaridad social tiene efectos igualmente normativos frente a situaciones que atentan en su contra. Es importante recordar que la tradición jurídica colombiana hasta ese momento concebía la Constitución como una mera carta de navegación, con valor programático, sin eficacia directa en los casos concretos, por lo que por lo general requería de desarrollo legislativo para ser aplicada. El art. 4 de la Constitución que da carácter de norma de normas a la Constitución colombiana, establece claramente la posibilidad de aplicar de manera directa la constitución a la resolución de un caso. Y esa tesis del carácter normativo de la Constitución lleva entonces a la aplicación directa de las cláusulas de la parte dogmática -me refiero básicamente a los principios y derechos fundamentales-, sin que los jueces en la aplicación del derecho ordinario puedan sustraerse de tal aplicación escudándose en el principio constitucional de la autonomía judicial. En esa perspectiva surge la tesis de que, por ejemplo, es posible reconocer la existencia de derechos fundamentales innominados. En 1992 se presentó el caso de una persona que iba a quedar ciega como consecuencia de que había trabajado 30 años en la construcción, básicamente en soldadura sin usar la

177. ZULUAGA GIL, Ricardo (Editor y Compliador). Interpretar y Argumentar. Nuevas perspectivas en el Derecho. Librería Jurídica Sánchez y Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Medellín, 2004, páginas 35 a 37.

protección adecuada. Aquejado de la enfermedad de los ojos, el ex trabajador acude ante un médico, quien ordena que sea intervenido quirúrgicamente para evitar la ceguera, y luego ante el Hospital Departamental de su localidad para solicitar que lo operaran pese a su carencia absoluta de recursos económicos. El hospital, en resumen, le dio una respuesta lacónica: “no somos las hermanas de la caridad, esto es un hospital, aquí funcionamos con un presupuesto, no es posible suministrar una prestación sin la debida apropiación presupuestal, etc.”. El afectado decidió entonces interponer una acción de tutela. Su argumento central fue el hecho de vivir en un Estado Social de Derecho en el que se garantiza el derecho a la subsistencia. El juez de tutela -tengan en cuenta que es el año 1992, a un año de la reforma- contestó lo mismo que el hospital: “Señor, aquí vivimos en un Estado de leyes; un hospital público no puede disponer de los recursos libremente; lamentablemente no se puede ayudar; existen otros medios de defensa judicial” (la acción penal contra sus familiares por inasistencia alimentaria). Ese fallo llega a la Corte Constitucional y le da pie para analizar la manera de decidir propia de los jueces con mentalidad preconstitucional. Se llega a la convicción de que esa persona, en efecto, tiene un derecho fundamental definitivo al mínimo vital. La interpretación de la Corte es precisa: “Este señor esta en unas circunstancias fácticas y que lo exponen, si no es operado, en un corto tiempo va a quedar ciego, lo cual es incompatible con los principios fundamentales de la Constitución”. Para la Corte, si bien el sistema jurídico establece una serie de deberes legales en cabeza de los allegados, en el sentido de que en la necesidad deben ayudar a su ser querido,

cuando el afectado ha intentado repetidamente obtener dicho apoyo pero sin éxito por la situación de pobreza de su familia, le corresponde al Estado social, en virtud de los principios de dignidad humana, solidaridad social e integridad personal, financiar la prestación social y llevar a cabo la operación. Y en esas circunstancias la respuesta de los jueces -señor, este es un Estado de leyes, no un Estado caritativo- no es aceptable para la máxima instancia de interpretación constitucional. La conclusión final a la que llega la Corte se basa en una argumentación contra fáctica: “Si el Estado no interviene se va a generar una consecuencia determinada, a saber, que la persona se verá obligada a aceptar quedar ciega por la falta de respaldo económico”. Y la pregunta que se hizo la Corte es ¿es esa circunstancia que se generaría aceptable a la luz de la Constitución? Y la conclusión a que se llegaba era que definitivamente no, debido al orden jurídico instaurado con la Constitución de 1991. Y la decisión fue reconocerle el derecho al mínimo vital a esa persona, ordenando llevar a cabo la operación si se cumplían determinadas condiciones de tipo operativo¹⁷⁸.

Esa doctrina del derecho fundamental al mínimo vital, esa semilla del año 1992, ha crecido en lo que tiene que ver con la tutela contra decisiones, por ejemplo, en la administración o judiciales con respecto a salarios y pensiones¹⁷⁹. El concepto de derecho al mínimo vital esta presente en el 80% de esa jurisprudencia de tutela que reúne más o menos el 50% de la jurisprudencia que

178. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-533 de 1993.

179. Cfr. Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Directores Rodolfo Arango y Juliana Lemaitre. Estudios Ocasionales CIJUS, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, D.C., 2002.

produce el Tribunal Constitucional al año, o sea, de unos 1200 fallos al año, aproximadamente 600 invocan el derecho fundamental al mínimo vital.

¿Qué relación tiene la doctrina del mínimo vital con la coherencia y con el valor del precedente constitucional? A primera vista ninguna. Pero, mirada más de cerca la cuestión en ella es clara. La concepción del derecho que se viene imponiendo en la práctica exige resolver los casos a la luz del sistema de principios materiales establecido en la Constitución. Ello supone el abandono de una visión formal del derecho, mediante la cual los jueces ejercían su discreción en el ámbito de sus competencias y la administración se ceñía exclusivamente al principio de legalidad. Ahora, por el contrario, las decisiones de la justicia ordinaria no pueden verse aisladamente del contexto constitucional sino que deben interpretarse armónicamente. Y en ese sentido es incoherente e incorrecta una jurisprudencia que no tenga en cuenta los principios materiales de la Constitución¹⁸⁰.

En el acápite de los Test de la Corte, presentaré las subreglas más comunes, identificadas dentro de los

180. Un ejemplo reciente de la eficacia de la doctrina del mínimo vital asociada con el Estado Social de Derecho es la sentencia de inconstitucionalidad de la norma legal que establecía un impuesto del 2% a todos los productos de la canasta familiar. La Corte precisamente con fundamento en el mínimo vital declaró contrario a la Constitución gravar de manera indiscriminada todos los productos de la canasta familiar no teniendo en cuenta el impacto que esa decisión tiene sobre el sistema tributario y particularmente sobre el principio material de que el sistema tributario debe obedecer a principios de progresividad y equidad. Esa decisión, que es consecuente con lo que ha sido el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, se toma en un momento en el que la crisis fiscal del país se agudiza y ha llevado al gobierno y al Congreso a buscar salidas desesperadas para solucionar el desequilibrio de las finanzas públicas. Sin embargo la Corte, consistente con su jurisprudencia anterior, anota que hay un límite material para esos efectos y más valdría la pena que gobierno y Congreso se tomaran en serio la Constitución.

fallos de la Corte Constitucional, para fallar casos de tutela que comprometan el mínimo vital.

Procedimiento para declarar la incompatibilidad normativa:

El profesor Nogueira Alcalá¹⁸¹ 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, que permitiría superar la

181. 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.

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.

Principios fundamentales de toda Sentencia de Constitucionalidad:

Finalmente, siguiendo al Profesor Palomino Manchego, ya citado, así como al profesor Germán Lozano Villegas, la sentencia constitucional puede explicarse en la convergencia de seis principios fundamentales:

- a) **Principio de congruencia:** mediante el cual el Tribunal Constitucional al momento de sentenciar debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre “demanda” y “pronunciamiento”, entre lo que se solicita y aquello que se resuelve, no fallando ni ultra petitum, es decir, más allá de lo pedido, ni extra petitum, es decir, cosa distinta de lo pedido, ni con otro apoyo que no sea el de la causa petendi, vale decir, el de aquellos fundamentos en los que la demanda basó su solicitud. No obstante ello, como lo realiza por ejemplo la Corte Costituzionale italiana, aun cuando no es de manera permanente, puede obviar la congruencia, pero sin separarse del contenido y de las fronteras de la solicitud planteada por la demanda.

En mi parecer, el principio de congruencia debe demostrar la idoneidad del juez constitucional para someterse a la Carta sin llegar a un desaforado activismo, pues algunos, como Germán Lozano Villegas¹⁸², justifican la ruptura del principio de congruencia al decir que si lo que pretende la jurisdicción constitucional es salvaguardar la integridad constitucional, mal podría pensarse en limitar al juez constitucional para que, de oficio, ya sea extra o ultra petita, excluya del ordenamiento jurídico una disposición que viola por su contrariedad la Constitución y, en consecuencia, la armonía del Estado constitucional.

b) Principio de motivación: A través del cual las sentencias constitucionales tienen que ser motivadas, mediante los vicios de inconstitucionalidad, ya sea material o sustantivo que consiste en la inadecuación entre el acto sometido a control y el contenido sustantivo previsto en un concreto mandato constitucional; o también por defecto de competencia, producido cada vez que un órgano actúa ultra vires de sus atribuciones constitucionales invadiendo, por tanto, las ajenas.

Se busca con este principio, que el juez constitucional, antes de tomar su decisión, fundamente jurídicamente en la parte motiva la decisión que ha de

182. LOZANO VILLEGAS, Germán. Los Efectos de las Sentencias de Constitucionalidad. En: Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo - Memorias. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2001, página 289.

adoptarse en la resolutive, guardando las dos estricta congruencia y válida y justificada motivación.

- c) **Principio de colegialidad:** Un Tribunal Constitucional es un órgano colegiado, y como tal debe de marchar en función de lo que digan in globo los jueces de la Constitución, evitando crear fisuras y enfrentamientos al momento de emitir el fallo final. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar a las dissenting opinions u opiniones disidentes, votos particulares o votos singulares que emiten algunos jueces, apartándose del criterio asumido por el colegiado.

Los votos particulares como sostiene Häberle, son expresión de la “publicidad y carácter abierto de la Constitución”, de la apertura de sus intérpretes y del “pluralismo de la Constitución”¹⁸³, consecuencia, en último término, del tópico “tiempo y cultura constitucional”, posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de “pensar en posibilidades”. Opera pacíficamente, porque, si se da el caso, la parte vencida se sabe, en el voto particular, “anulada” en el sentido de Hegel; y abren una específica “ventana del tiempo”, por cuanto la minoría de hoy puede convertirse mañana en la mayoría. Por ello, son también una parte de la democracia. Practicados prudente y no vanidosamente,

183. La Constitución colombiana de 1991 es esencialmente pluralista, reconoce múltiples grupos y centros de poder. El pluralismo constitucional, surgido en el mundo, particularmente durante la Segunda postguerra, significa que al otorgamiento de la Carta concurren, como ocurrió en la Asamblea Constituyente, intereses disímiles que encuentran expresión: Los intereses de los partidos, los de las distintas regiones, los de las minorías étnicas, los de organizaciones cívicas, sindicales o gremiales, los de grupos religiosos, en fin, lo que LaSalle llamaría en su momento “los factores reales de poder”. DE LA CALLE LOMBANA, Humberto. En: Constitución Política de 1991: Visión Latinoamericana. Ediciones Rosaristas, Bogotá, D.C., 1993, página 2.

son el coronamiento de la jurisdicción constitucional en el estado constitucional en el actual estadio de desarrollo.

- d) **Principio de eficacia:** mediante el cual se busca revertir el ordenamiento jurídico, producto de las leyes inconstitucionales. La eficacia, contundente, y drástica tendrá que ser seguramente general, o sea, erga omnes.

- e) **Principio de conservación de la norma:** Con él, se pretende rescatar al máximo la norma o acto con fuerza de ley, antes que expulsarla del ordenamiento. Por lo general, según Lozano Villegas, esta conservación de la norma se efectúa mediante todas las sentencias desestimatorias o que declaran la constitucionalidad, y especialmente o de manera menos habitual en las sentencias interpretativas y manipulativas, ya explicadas.

Este principio implica además la presunción de constitucionalidad a favor de la norma por el hecho de provenir del poder público, o lo que es más sencillo: toda norma se reputa constitucional mientras no sea declarada inconstitucional.

- f) **Principio de interpretación conforme a la Constitución:** Siempre ha de buscarse que el sentido de la ley o norma esté acorde con la norma jurídica fundamental.

Otras acepciones dentro de la tipología de las Sentencias:

- a. Las subreglas constitucionales, son formulaciones que permiten aplicar el derecho abstracto a un caso concreto a través de reglas jurídicas prescriptivas, generales y abstractas. Por ejemplo, cuando un juez concede la tutela de un pensionado de la tercera edad y ordena el pago inmediato de las mesadas, el juez está aplicando una subregla, ya que está tomando el texto constitucional, que es muy general, y aplicándolo a una situación concreta. En este caso, según el Estudio Ocasional del CIJUS de la Universidad de los Andes, ya citado, página 23, el juez aplica una subregla creada por la Corte Constitucional, según la cual, de los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad, se desprende que: “Procede la tutela para proteger el derecho fundamental al mínimo vital cuando hay mora en el pago de pensiones a una persona de la tercera edad y no se ha probado que tenga otros medios para subsistir”. Así, la función de las subreglas en la jurisdicción constitucional es permitir que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales de una manera uniforme, sin violar el derecho a la igualdad. Así, para que cada pensionado que alega que la mora en el pago de las mesadas viola sus derechos fundamentales, reciba el mismo tratamiento de las cortes, estas deben aplicar la misma subregla. La subregla tiene valor de precedente y puede y debe ser aplicada en casos similares, tanto por la misma Corte Constitucional como por los demás jueces de tutela.

- b. El holding o la ratio decidendi y los obiter dicta. Según la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-047 de 1999, el holding¹⁸⁴ o la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento directo de la parte resolutive. Mientras que el obiter dicta, de acuerdo con el mismo fallo, constituye un mero dictum, o reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria para la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario. Entre las consideraciones de los jueces, el profesor Luis Javier Moreno Ortiz¹⁸⁵ expresa que en ellas existen dos tipos de elementos: i) Las razones de su decisión, es decir: Aquellos argumentos que son indispensables e insustituibles en el armazón del edificio discursivo que soporta la decisión y la justifica, y ii) Las demás razones, reflexiones o pensamientos que el juez incorpora a sus decisiones, (con propósitos estéticos, de erudición, de pedagogía, etc.), que no son indispensables en la argumentación que sostiene la decisión. Los primeros elementos corresponden a lo que se denomina como ratio decidendi y los segundos a los obiter dicta. Como la misma Corte lo explica en la Sentencia SU-047 de 1999, ya

184. Los norteamericanos hablan de holding, en tanto que los ingleses lo denominan ratio decidendi.

185. MORENO ORTIZ, Luis Javier. ¿Hacia un sistema jurídico de precedentes?. En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia # 320, Bogotá, D.C., mayo de 2002, páginas 133 - 134.

citada “...es claro que el precedente vinculante es la ratio decidendi del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares. Así lo señaló con claridad en Inglaterra Lord Jessel, en el caso Osborne v. Rvlet de 1880, en donde precisó que la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión”. Para Moreno Ortiz, la ratio decidendi (el resultado excelso del proceso de filtrado que hace el juez) es el precedente.

- c. El decisum es la resolución concreta del caso, esto es, según la Corte¹⁸⁶, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe responder o no en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es retirada o no del ordenamiento jurídico, etc. Esta parte resolutive no constituye precedente ni vincula a otros jueces, como contrariamente se cree y lo confirma la Sentencia SU-047 de 1999 de la Corte Constitucional, por la sencilla razón de que a estos, los jueces, no corresponde decidir ese problema específico sino otros casos, que pueden ser similares, pero jamás idénticos. Según el profesor Moreno Ortiz¹⁸⁷, el decisum es la respuesta que le da el juez a la más acuciante de las preguntas que se hacen las partes del proceso, cuyos intereses

186. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-047 de 1999. M.P., Dres Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

187. MORENO ORTIZ, Luis Javier, artículo citado, página 133.

son netamente prácticos, la repetida pregunta: ¿qué se resolvió? Y las consabidas respuestas subsiguientes: ¿Eso significa que tengo o que no tengo derecho? ¿Cómo me afecta a mí y a mis intereses lo decidido? Lo decidido, lo fallado (la decisión), corresponde a lo que se ha denominado *decisum*. Lo que el juez decide produce efectos en la vida de las personas; sus decisiones normalmente afectan (vinculan) la conducta de las personas que han hecho parte del proceso, ya sea porque actuaron en él o ya porque tuvieron la oportunidad de hacerlo.

- d El *stare decisis et quieta non movere*¹⁸⁸, supone en esencia que un tribunal al fallar un caso debe seguir obligatoriamente lo decidido en aquel en el cual se estableció la regla general de derecho aplicable, en la medida en que entre el caso a decidir y el precedente exista una identidad sustancial de los hechos. Alberto Bianchi¹⁸⁹ nos dice que para entender mejor esta doctrina que tiene como fundamento la predictibilidad de los tribunales, y tuvo aplicaciones en Europa continental antes de la Revolución Francesa¹⁹⁰ es preciso distinguir -tal como se hace en el mundo anglosajón- entre

188. Del latín: Estar a lo decidido sin alterarlo.

189. BIANCHI, Alberto. De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*). En: *El Derecho - Constitucional 2000-2001*, Serie Especial Editorial El Derecho, Buenos Aires, 2004, páginas 340-341.

190. Habitualmente se cree que la regla del caso precedente es únicamente anglosajona pero existen evidencias de su uso en los tribunales de la Rota Romana en el siglo XIV y en los Tribunales Europeos antes de la Revolución Francesa. Esta sin embargo desterró el uso de la jurisprudencia como fuente formal del derecho como un acto más de desconfianza hacia el viejo régimen y ello se expandió hacia otros países como Alemania e Italia.

las dos partes en que las sentencias pueden ser intelectualmente divididas: i) El holding, o ratio decendi y ii) El obiter dictum. El primero es el conjunto de principios jurídicos en los que se funda el fallo, el segundo son los comentarios dichos “a mayor abundamiento”, y de los cuales podría prescindirse para la solución del mismo. De allí que lo que constituye precedente obligatorio es el holding de la sentencia.

Una segunda distinción que debe tenerse presente es que hay sentencias cuyo holding es obligatorio (binding) y otras en donde este sólo resulta persuasivo (persuasive) por su fuerza de convicción, y también por la autoridad del Tribunal o del Juez que emitió el fallo. Para entender esta distinción es preciso tener en cuenta que para un juez sólo son obligatorios (binding) los precedentes (holding) de los Tribunales superiores de su jurisdicción. Los restantes pueden ser persuasivos pero no está obligado a seguirlos. A su vez el Tribunal está -como regla- obligado por sus propios precedentes, pero puede cambiarlos si es necesario para lo cual debe hacerlo fundadamente. Esto es particularmente importante en tribunales de última instancia.

Ninguna de estas reglas, sin embargo, es fija o absoluta y puede decirse que con el tiempo el sistema se ha ido flexibilizando. En Inglaterra adquirió gran rigor especialmente desde que en 1898 la Cámara de Loes sostuvo que estaba totalmente obligada por sus propias decisiones, criterio que se mantuvo firme hasta 1966 en que los loes admitieron apartarse de sus precedentes, cuando ello fuera necesario, pero sin derogar la regla general de la obligatoriedad del caso precedente. En

los Estados Unidos la cuestión ha sido más flexible y la obligatoriedad se aplica a los tribunales inferiores respecto de las decisiones de los tribunales de alzada. Los superiores tribunales de los Estados y la Corte Suprema están obligados por sus precedentes pero pueden apartarse de ellos si desean cambiarlos, aun cuando por razones de seguridad jurídica no se hace abuso de esta prerrogativa.

En Colombia, el *stare decisis* es un aspecto importante a considerar, ya que la misma Corte Constitucional, en el citado fallo SU-047 de 1999, ha dicho que el respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de Derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas pueden haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan

capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas. De ahí que estarse a lo decidido no significa repetir textualmente el *decisum*, como dice Moreno Ortiz¹⁹¹, sino acoger la *ratio decidendi* de este y, bajo tal auspicio, decidir el nuevo caso.

Por esa razón, el precedente no puede corresponder a la integridad de la decisión, es decir que no toda decisión judicial se constituye como precedente de otra u otras, encontrándose por parte de este autor, en discrepancia con la Corte Constitucional y el activismo de los ponentes de la Sentencia SU-047 de 1999 en este punto, cuando escribieron lo siguiente:

“40- El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo Tribunal, y en especial el Juez Constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad

191. MORENO ORTIZ, Luis Javier, artículo citado, página 135.

de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de Derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas”.

Este punto nos permite reflexionar acerca de que en ocasiones la arbitrariedad se impone frente a la seguridad jurídica y que no puede romperse ese esquema so pretexto de un desmesurado uso de los mecanismos de interpretación judicial, así como de algunos precedentes inadecuados que no reflejan en muchos casos el sometimiento de los jueces al imperio de la ley.

No hay que confundir sin embargo el *stare decisis* con la casación, ni con la obligatoriedad general del precedente conocida como efecto *erga omnes*. Si bien tienen un indudable parecido en sus efectos, ya que la doctrina del caso se expande fuera de las partes en litigio, cierto es también que lo hacen en diferentes

grados de intensidad ya que tanto las sentencias de tutela, como las de casación, como el efecto erga omnes en constitucionalidad, producen una expansión más vasta de los efectos de la sentencia que el *stare decisis*.

De la publicidad, comunicación y efectos de las sentencias de constitucionalidad: No podríamos culminar un escrito sobre las sentencias de constitucionalidad, sin dilucidar una inquietud que ha surgido en los últimos años, referida al momento desde el cual efectivamente rigen las mismas, lo cual, en la Sentencia C-973 de 2004¹⁹², fue aclarado al determinarse que estas producen efectos desde el día siguiente a su adopción, siempre y cuando sean comunicadas por los medios ordinarios adoptados por la Corte Constitucional, es decir, que si no aparecen en el comunicado de prensa, no se sabe desde cuando rigen. He querido entonces realizar un extracto del fallo, que tuvo como ponente al Magistrado Escobar Gil, para dejar más en claro el asunto:

...Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que esta investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”.¹⁹³

192. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-973 de 2004, M.P., DR., Dr. Rodrigo Escobar Gil.

193. Sentencia T-832 de 2003, M.P., DR. Jaime Córdoba Treviño. En idéntico

8. En sustento de la anterior regla constitucional, esta Corporación ha dicho que la Constitución Política no regula expresamente los efectos de los fallos de constitucionalidad. Por el contrario, es el art. 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -quien en su lugar- establece como regla general la producción de efectos hacia el futuro, permitiendo la adopción de decisiones con efectos temporales retroactivos o diferidos, siempre y cuando resulten indispensables para defender la supremacía e integridad de los mandatos previstos en el Texto Superior¹⁹⁴. La citada disposición establece que:

“Artículo 45. Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. 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”.

Sin embargo, la citada disposición aparte de precisar el tipo de efectos que envuelve un pronunciamiento de constitucionalidad, no permite identificar desde cuándo los efectos hacia el futuro de un fallo de exequibilidad o inexecuibilidad tienen consecuencias en el ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que ocurre con las providencias que adoptan efectos diferidos o

sentido, se pueden consultar: C-327 de 2003, M.P., Dr. Alfredo Beltrán Sierra; C-551 de 2003, M.P., DR. Eduardo Montealegre Lynnet; auto 165 de 2003, M.P., DR. Eduardo Montealegre Lynnet, entre otras.

194. Es pertinente señalar que existen algunos salvamentos de voto en torno a la competencia de la Corte Constitucional de diferir los efectos de sus sentencias. Véase, por ejemplo, el fallo C-737 de 2001, en donde la Corte declaró inexecutable la ley 619 de 2000 referente al reconocimiento, liquidación y uso de regalías.

retroactivos, en las cuales existe plena certeza del momento en el cual estas producen consecuencias jurídicas. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-452 de 2002 (M.P., DR. Jaime Araujo Rentería), al declararse inexecutable la estructura principal del sistema prestacional de riesgos profesionales previsto en el Decreto-Ley 1295 de 1994, la Corte determinó que: “Los efectos de esta sentencia SE DIFIEREN hasta el 17 de diciembre de 2002, para que el Congreso expida la nueva legislación sobre la materia regulada por el Decreto 1295 de 1994” (subrayado fuera del texto); e igualmente, en la Sentencia C-149 de 1993 (M.P., DR. José Gregorio Hernández Galindo), al declararse inexecutable la norma que permitía recaudar y cobrar bonos para el desarrollo social y la seguridad interna, esta Corporación se pronunció puntualmente en relación con los efectos retroactivos de dicha decisión, en los siguientes términos:

“Ordenase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público REINTEGRAR, en un término que no podrá ser superior a seis (6) meses contados a partir de la comunicación de esta sentencia, la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de la aplicación del artículo 17 de la Ley 6ª de 1992”. (Subrayado por fuera del texto original).

3. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como

serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones. Dispone la norma en cita:

“Artículo 56. Firma y fecha de providencias y conceptos. El reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo de Estado, respectivamente, determinará, entre otras, la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados. En dicho reglamento se deberá además incluir un término perentorio para consignar en el salvamento o la aclaración del voto los motivos de los Magistrados que disientan de la decisión jurisdiccional mayoritaria, sin perjuicio de la publicidad de la sentencia. **La sentencia tendrá la fecha en que se adopte.**” (Subrayado por fuera del texto original).

La Corte ha manifestado que “las implicaciones de este mandato en la jurisdicción constitucional, y particularmente en sede de control constitucional, son claras, pues la fecha de una sentencia es aquella en que fue tomada, es decir, aquella en que la Corte ejerció la jurisdicción de que esta investida y actuó en defensa de

la Constitución, bien manteniendo una norma legal en el ordenamiento jurídico, o bien excluyéndola de él”¹⁹⁵

10. Conforme a lo anterior, surgen dos alternativas viables para entender desde qué momento se producen los efectos jurídicos hacia el futuro de un fallo de constitucionalidad, a saber:

11. Según una primera tesis, a pesar de la fecha de adopción del fallo de constitucionalidad, la producción de sus consecuencias jurídicas tan sólo se producirá hasta el vencimiento del término de ejecutoria del fallo, es decir, tres días después de ocurrida la desfijación del edicto mediante el cual se notifica la sentencia.

Esta posición se fundamenta en el art. 16 del Decreto 2067 de 1991 en armonía con lo previsto en los artículos 313 y 331 del Código de Procedimiento Civil. Las citadas normas determinan que:

“Artículo 16. Decreto 2067 de 1991. La parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los Magistrados y el Secretario de la Corte.

La Sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los Magistrados y el Secretario de la Corte, dentro de los seis días siguientes a la decisión.

195. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-832 de 2003, M.P., DR., Dr. Jaime Córdoba Triviño.

El Secretario enviará inmediatamente copia de la sentencia a la Presidencia de la República y al Congreso de la República. La Presidencia de la República promoverá un sistema de información que asegure el fácil acceso y consulta de las sentencias de la Corte Constitucional”.

“Artículo 313 del Código de Procedimiento Civil. Las providencias judiciales se harán saber a las partes y demás interesados por medio de notificaciones, con las formalidades prescritas en este Código.

Salvo los casos expresamente exceptuados, ninguna providencia producirá efectos antes de haberse notificado”.

“Artículo 331 del Código de Procedimiento Civil. Las providencias quedarán ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueron procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos...”.

A juicio de quienes defienden esta tesis, las sentencias de constitucionalidad no producen efectos jurídicos mientras no se encuentren debidamente notificadas y ejecutoriadas conforme a los requisitos previstos en la ley.

12. Una opinión contraria ha sido expuesta por la jurisprudencia constitucional, al considerar que los efectos o consecuencias jurídicas de sus fallos de constitucionalidad, se producen desde el día siguiente a aquél en que se tomó la decisión de exequibilidad

o inexecutable, siempre y cuando se divulgue o comunique dicha decisión por los medios ordinarios reconocidos para comunicar sus sentencias (Ley 270 de 1996, art. 56).

Para sustentar esta posición, la Corte ha concluido que la primera parte del art. 16 del Decreto 2067 de 1991, conforme al cual “La parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los Magistrados y el Secretario de la Corte”, fue derogado por los arts. 56 y 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia¹⁹⁶.

Así, según el art. 56 de la Ley 270 de 1996, la fecha en que se profiere una sentencia corresponde a aquella en que se ejerció el poder jurisdiccional, es decir, al momento en el cual se adoptó la decisión sujeta al pronunciamiento del juez constitucional, y no

196. Dichas disposiciones determinan que: “art. 56.-Firma y fecha de providencias y conceptos. El reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo de Estado, respectivamente, determinará, entre otras, la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados. En dicho reglamento se deberá además incluir un término perentorio para consignar en el reglamento o aclaración de voto los motivos de los Magistrados que disientan de la decisión jurisdiccional mayoritaria, sin perjuicio de la publicidad de la sentencia. La sentencia tendrá la fecha en que se adopte.” y, “art. 64.-Comunicación y divulgación. Ningún servidor público podrá en materia penal o disciplinaria divulgar, revelar o publicar las actuaciones que conozca en ejercicio de sus funciones y por razón de su actividad, mientras no se encuentre en firme la resolución de acusación o el fallo disciplinario, respectivamente.

Por razones de pedagogía jurídica, los funcionarios de la rama judicial podrán informar sobre el contenido y alcance de las decisiones judiciales. Tratándose de corporaciones judiciales, las decisiones serán divulgadas por conducto de sus presidentes”. ¿Se ha cumplido este compromiso? No han utilizado algunos Magistrados su “pantallaza” en beneficio político - electoral? (la pregunta se le agrega por fuera del texto).

aquella otra en que se suscribe formalmente el texto o se adiciona con sus salvamentos y aclaraciones. Por otra parte, y en estrecha relación con lo expuesto, el art. 64 de la citada Ley, permite comunicar las sentencias aun cuando el fallo no se encuentre debidamente ejecutoriado a partir de su notificación por edicto.

Al respecto, esta Corporación ha sostenido que:

“Es necesario puntualizar que la facultad de informar el contenido y alcance de las providencias por parte de los funcionarios judiciales, no es asimilable al acto procesal de notificación a las partes. En el primer evento, que es realmente el contemplado en la norma, se trata de una declaración pública en la que se explican algunos detalles importantes de la sentencia proferida, bajo el supuesto obvio de que el administrador de justicia no se encuentra obligado a dar a conocer aquellos asuntos que son objeto de reserva legal. Por el contrario, el segundo caso, implica una relación procesal entre el juez y las partes, a través de la cual se brinda la oportunidad a estas de conocer el contenido íntegro de la providencia y de interponer, dentro de los lineamientos legales, los respectivos recursos.

Por otra parte, estima la Corte necesario declarar la inexecutable de la expresión “una vez haya concluido el respectivo proceso mediante decisión ejecutoriada”, contenida en ese mismo inciso segundo, pues con ello, en primer lugar, se vulneran la autonomía del juez y el derecho de los asociados de recibir información veraz y oportuna (art. 20 C.P.) y, además, se convertiría en excepción el principio general contenido en la Carta de que las actuaciones de la administración de

justicia serán públicas (art. 228 C.P.). En efecto, resulta constitucionalmente posible el que, por ejemplo, el presidente de una Corporación informe a la opinión pública sobre una decisión que haya sido adoptada, así el texto definitivo de la Sentencia correspondiente no se encuentre aún finiquitado, habida cuenta de las modificaciones, adiciones o supresiones que en el curso de los debates se le haya introducido a la ponencia original. Con ello, en nada se vulnera la reserva de las actuaciones judiciales -siempre y cuando no se trate de asuntos propios de la reserva del sumario o de reserva legal- y, por el contrario, se contribuye a que las decisiones que adoptan los administradores de justicia puedan conocerse en forma oportuna por la sociedad”.¹⁹⁷

Conforme a esta argumentación, si bien la comunicación o divulgación oficial de las providencias prevista en el art. 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, no constituye un mecanismo formal de notificación de las decisiones judiciales, sí se convierte en una herramienta idónea para informar a la comunidad jurídica acerca del contenido de los fallos proferidos por esta Corporación.

Así las cosas, cuando los operadores jurídicos se informan acerca de la exequibilidad o inexecutable de una disposición a través de los medios ordinarios reconocidos por cada Corporación para divulgar sus decisiones (Ley 270 de 1996, art. 56), no pueden dichas disposiciones ser interpretadas o aplicadas en cualquier sentido, pues al existir previamente un pronunciamiento sobre la posibilidad o no de ejecutar sus mandatos

197. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, M.P., DR., Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

normativos o de hacerlo en una determinada manera, el desconocimiento de dicho fallo implicaría una ostensible violación a la supremacía e integridad de la Constitución y, además, a la garantía fundamental de la seguridad jurídica.

Por consiguiente, siempre que no se haya modulado el efecto de un fallo, una sentencia de constitucionalidad produce efectos a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció la jurisdicción de que esta investida, esto es, a partir del día siguiente al que se adoptó la decisión sobre la exequibilidad o no de la norma objeto de control, bajo la condición de haber sido divulgada a través de los medios ordinarios reconocidos por esta Corporación. Se entiende que es a partir del “día siguiente”, pues la fecha en que se profiere la decisión, el expediente se encuentra al despacho y, por lo mismo, dicho fallo no puede aún producir efecto alguno.

13. Esta Corporación ha reiterado la anterior tesis, en distintas ocasiones, en los siguientes términos:

En Sentencia C-551 de 2003 (M.P., DR. Eduardo Montealegre Lynett), al pronunciarse sobre la fecha a partir de la cual el Presidente de la República podía convocar a los ciudadanos a las urnas para votar el texto del referendo, la Corte afirmó que:

“(...) 260- Con todo, algunos podrían objetar que no es posible que la Corte comunique la parte resolutive de esta sentencia, al día siguiente de ser adoptada, por cuanto posiblemente para ese momento el texto de la decisión no estaría aún firmado, ni los salvamentos y aclaraciones depositados, y el artículo

16 del Decreto 2067 de 1991 establece que en los procesos de control constitucional ‘la parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los Magistrados y el Secretario de la Corte.’ Sin embargo, esa objeción no es de recibo, pues esa norma se entiende derogada por los arts. 56 y 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Así, el primero señala que corresponde a los reglamentos de las altas cortes ‘incluir un término perentorio para consignar en el salvamento o la aclaración del voto los motivos de los Magistrados que disientan de la decisión jurisdiccional mayoritaria, sin perjuicio de la publicidad de la sentencia.’ Esto significa que la publicidad de la sentencia no esta condicionada al depósito de los salvamentos o aclaraciones, y que en ese aspecto fue derogado el art. 16 del decreto 2067 de 1991. Por su parte, el art. 64 del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia indicaba que por ‘razones de pedagogía jurídica, los funcionarios de la rama judicial podrán informar sobre el contenido y alcance de las decisiones judiciales una vez que haya concluido el respectivo proceso mediante decisión ejecutoriada’.

Este análisis muestra que, conforme a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la Corte Constitucional puede comunicar -que no notificar formalmente- sus fallos, y en especial su parte resolutive, así el texto definitivo de la sentencia no se encuentre finiquitado. No existe entonces objeción a que la Corte ordene la comunicación de la parte

resolutiva de la presente sentencia, al día siguiente de ser adoptada la decisión (...)”.

En el Auto 165 de 2003 (M.P., DR. Eduardo Montealegre Lynett), al resolver un incidente de nulidad impetrado contra la sentencia C-551 de 2003, con fundamento en el mismo problema jurídico que se resuelve en esta oportunidad; esta Corporación manifestó:

“(...) 7.- Como puede apreciarse a través de una lectura simple de las dos normas -el art. 16 del Decreto 2067 de 1991, y el art. 56 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia- la norma estatutaria tiene un contenido distinto de la norma reglamentaria. Debido a esta contradicción y a la superioridad de la norma estatutaria, es claro que el art. 16 del Decreto 2067 de 1991 ha sido derogado en los puntos aludidos por el ciudadano, pues el art. 56 citado autoriza a las altas Cortes -entre ellas obviamente a la Corte Constitucional- a dar publicidad a un fallo aunque no esté totalmente redactado.

Así, la facultad otorgada por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, ha sido ejercida por esta Corporación sólo de forma parcial, en la cuestión del plazo para la expedición de los salvamentos y aclaraciones de voto (Acuerdo 05 de 1992) pero en el tema de la expedición y publicación de las sentencias, el art. 16 del Decreto 2067 de 1991 fue derogado y el tema aún no se ha reglamentado. Por tanto, resultan aplicables las disposiciones consagradas en el art. 56 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que permiten hacer pública la sentencia sin sus respectivos

salvamentos de voto. Por tanto la sentencia es adoptada al momento de realizar la votación, cosa distinta es que surta efectos a partir del día siguiente a su expedición, como esta Corte ya lo ha anotado en otras ocasiones¹⁹⁸.

8.- La conclusión anterior encuentra un sustento adicional en la declaratoria de inexecutable de un aparte del art. 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que establecía que el contenido y alcance de las decisiones podía ser informado una vez concluyera el proceso mediante decisión ejecutoriada. Consideró entonces este Tribunal que la expresión ‘una vez haya concluido el respectivo proceso mediante decisión ejecutoriada’¹⁹⁹ vulneraba la autonomía del juez y el derecho de los asociados de recibir información veraz y oportuna (art. 20 C.P.). Además de ser una excepción el principio general contenido en la Carta de que las actuaciones de la administración de justicia serán públicas (art. 228 C.P.). (...) Por tanto, los jueces están autorizados a divulgar la decisión a la opinión pública. No se presentó entonces irregularidad alguna en la forma en que la Corte publicó el fallo, pues ello está permitido por las normas existentes en la materia (...).”

14. La Corte ha señalado tres sólidos fundamentos jurídicos para reconocer los efectos de los fallos de constitucionalidad a partir del día siguiente al que se adoptó la decisión sobre la exequibilidad o no de la

198. Véase, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-327 de 2003, M.P., DR., Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

199. Véase, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, M.P., DR., Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

norma objeto de control, los que le dan una legitimación incontrastable a la publicidad de sus decisiones.

En primer lugar, es preciso reiterar que la naturaleza pública del alcance de los fallos de inconstitucionalidad, por virtud del cual se aplican erga omnes y no inter partes, supone que sus decisiones son obligatorias, generales y oponibles a todas las personas, sin excepción de ninguna índole. Luego, el conocimiento de la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad o inexequibilidad a partir de su divulgación oficial es igualmente exigible a todos los operadores jurídicos, sin importar sus exclusivos intereses individuales²⁰⁰.

En segundo término, la tesis adoptada por esta Corporación, permite garantizar la supremacía e integridad de la Constitución, pues carecería de sentido que “una norma que fue encontrada contraria a la Carta Política se mantenga en el ordenamiento jurídico hasta el momento de la ejecutoria del fallo y, no obstante la declaración judicial de esa contrariedad, produzca efectos en situaciones particulares”²⁰¹. Así, por ejemplo, en sentencia T-832 de 2003, la Corte tuteló el derecho fundamental al debido proceso de unos funcionarios públicos sancionados fiscalmente mediante fallo del 11 de septiembre de 2002, por haber incurrido en una actuación incurso en culpa leve, cuando dicho grado de culpabilidad como soporte de responsabilidad fiscal había sido declarado inexequible desde el 8 de agosto del mismo año. Para esta Corporación, la entidad accionada

200. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001, M.P., DR., Dr. Rodrigo Escobar Gil, sobre la naturaleza erga omnes de los fallos de constitucionalidad.

201. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-832 de 2003, M.P., DR., Dr. Jaime Córdoba Triviño.

al enterarse de la decisión de inconstitucionalidad, no podía sancionar a los accionantes aun a pesar de haber sido notificada formalmente la sentencia hasta el 26 de noviembre de 2002.

De igual manera, por ejemplo, podría pensarse en aquellos casos en los cuales se declara inexecutable una ley que reconoce un tributo, pues sería un absurdo pretender que el Estado pudiera seguir cobrando el gravamen, cuando toda la comunidad tiene conocimiento de su inexecutableidad.

Por último, la producción de efectos de las sentencias de constitucionalidad a partir del día siguiente a la adopción del fallo, resulta indispensable para preservar la seguridad jurídica. En efecto, como bien lo ha sostenido esta Corporación “la determinación de los efectos de un fallo de constitucionalidad no puede quedar diferida a las incidencias propias de su notificación y ejecutoria. De ser así, en cada caso, independientemente de la fecha registrada en la sentencia, habría que constatar la fecha de ejecutoria para, a partir de ella, inferir el momento en que una norma legal contraria a la Carta dejaría de hacer parte del sistema normativo. Y no cabe duda que una exigencia de esta índole sería contraria a los requerimientos de seguridad jurídica propios de una sociedad que no ha renunciado al derecho como alternativa de vida civilizada”²⁰².

15. Sin embargo, la Corte no desconoce la obligación de notificar por edicto sus decisiones

202. *Ibidem.*

judiciales, ni tampoco las reglas procesales de la ejecutoria y la cosa juzgada constitucional.

Por el contrario, en aras de salvaguardar la integridad y supremacía del Texto Constitucional y de asegurar la vigencia de la garantía fundamental de la seguridad jurídica, concluye, por una parte, que las sentencias de constitucionalidad producen efectos desde el día siguiente a su adopción, siempre y cuando sean debidamente comunicadas por los medios ordinarios adoptados por esta Corporación (Ley 270 de 1996, art. 56), y por el otro, sujeta las instituciones de la notificación y el término de ejecutoria contados a partir de la desfijación del edicto (Decreto 2067 de 1991, art. 16), para delimitar el plazo dentro del cual los ciudadanos pueden interponer el incidente de nulidad contra el fallo de constitucionalidad por vulnerar el debido proceso (Decreto 2067 de 1991, art. 49)...”.

Así resumimos los diferentes tipos de sentencias dentro del ordenamiento constitucional colombiano, los cuáles serán muy idóneos para el estudio y aplicación de la interpretación constitucional.

7. La cosa juzgada en colombia

La cosa juzgada²⁰³, dentro del ámbito del Derecho Procesal Constitucional pone en juego el valor de las sentencias de los Tribunales Constitucionales y en ocasiones afecta el equilibrio de sus relaciones con los restantes órganos fundamentales del Estado.

203. Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutioe contingit. Según Modestino, la cosa juzgada es aquella que pone fin a las controversias por la resolución del juez, sea por condena o por absolución.

Para varios doctrinantes españoles²⁰⁴, el efecto de cosa juzgada constituye el principal efecto de la principal resolución judicial, que es la sentencia definitiva sobre el fondo, y con él se pretende que una vez que una cuestión litigiosa ha sido zanjada por los Tribunales no pueda volver a ser planteada, pues ello sería contrario tanto a la seguridad jurídica como a la propia función pacificadora del Derecho.

El profesor Humberto Sierra Porto²⁰⁵, Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, ha dicho: La cosa juzgada, en sentido amplio, es la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales. Esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso. El proceso, en virtud de la figura de la cosa juzgada, se hace inacabable, y cosa juzgada no quiere decir, en sustancia, sino acatabilidad de lo que en el proceso se ha conseguido.

Por su parte, el profesor costarricense Rubén Hernández Valle²⁰⁶, dice que el análisis de la eficacia de la cosa juzgada en los procesos constitucionales debe responder a las siguientes preguntas: a) ¿A quién obligan las decisiones de la jurisdicción constitucional?; b) ¿Qué es lo que obliga de las sentencias?; c) ¿Durante

204. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco; GÓMEZ MONTORO, Ángel; MEDINA GUERRERO, Manuel; REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. Jurisdicción y procesos constitucionales. Colección Elementos - Ciencias Jurídicas. Editorial McGrawHill, Madrid, 2000, página 146.

205. SIERRA PORTO, Humberto. Sentencias de Inconstitucionalidad, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1995, página 16.

206. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 1995, página 101.

cuánto tiempo deben ser obligatorias o vinculantes tales resoluciones?.

La guarda de la cosa juzgada constitucional, ha sido cuidadosamente vigilada por la Corte Constitucional colombiana, desde aquel fallo, el C-543 de 1992, en el cual expresó que “(E)l fin primordial de este principio radica en impedir que la decisión en firme sea objeto de nueva revisión o debate, o de instancias adicionales a las ya cumplidas, o que se reabra el caso judicial dilucidado mediante el fallo que reviste ese carácter, con total independencia de su sentido o alcances, dotando de estabilidad y certeza las relaciones jurídicas y dejando espacio libre para que nuevos asuntos pasen a ser ventilados en los estrados judiciales”²⁰⁷.

La Corte Constitucional, años más tarde, desarrolló su teoría sobre la cosa juzgada, en la Sentencia SU-640 de 1998²⁰⁸, y que reprodujo en la Sentencia SU-047 de 1999²⁰⁹ del mismo Magistrado ponente, donde interpretó así el valor de esa institución:

- Que el carácter normativo de la Constitución se traduce en que la Corte Constitucional es el máximo y auténtico intérprete de la Constitución; y,
- Que la función de la Corte se mueve en el campo de la interpretación.

207. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 de 1992.

208. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-640 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

209. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, numeral 53 del citado fallo.

Después, el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, explicó que: “La parte resolutive de las sentencias de la Corte sólo es la consecuencia inexorable y puntual de las razones y criterios que en ellas se exponen sobre el contenido o alcance de un determinado precepto constitucional. Por eso, la doctrina constitucional, en lo que se refiere a las sentencias de exequibilidad o inexecutable, ha señalado que la cosa juzgada se extiende también el argumento que sirve de sustento indubitable al fallo que se pronuncia. No podría ser de otra manera. En la parte resolutive se concreta la decisión de declarar una disposición legal como inexecutable o de revocar o confirmar una sentencia de tutela, al paso que en la motiva se explicita mediante la actividad interpretativa lo que la Constitución efectivamente manda u ordena.

El interrogante acerca de qué parte de las sentencias de la Corte Constitucional hace tránsito a cosa juzgada constitucional ha sido abordado en distintas ocasiones por esta Corporación. En la sentencia C-131 de 1993, M.P., DR. Alejandro Martínez Caballero, se expresó que no todo lo formulado en las sentencias adquiriría el carácter de vinculante, aun cuando, contrariamente a lo sostenido por el Consejo de Estado, se estableció que la obligatoriedad de las sentencias no se restringía a la parte resolutive. Para el efecto, se expuso que la cosa juzgada se manifestaba en forma explícita e implícita, en la parte resolutive del fallo y en la *ratio decidendi*, respectivamente:

“3. ¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tienen la fuerza de la cosa juzgada?”

“La respuesta es doble: Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita”.

“Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del art. 243 de la Constitución”.

“Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender este sin la alusión a aquellos”.

“En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del art. 230: criterio auxiliar - no obligatorio -, esto es, ella se considera obiter dicta”.

“Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia”.

(...)

“Son pues dos los fundamentos de la cosa juzgada implícita: primero, el artículo 241 de la Carta le ordena a la Corte Constitucional velar por la guarda y supremacía de la Constitución, que es norma normarum, de conformidad con el art. 4 idem. En ejercicio de

tal función, la Corte expide fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional, al tenor del artículo 243 superior. Segundo, dichos fallos son erga omnes, según se desprende del propio art. 243 constitucional”.

“Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación -guardiana de la integridad y supremacía de la Carta-, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del art. 4 superior”²¹⁰.

Esta posición ahora controvertida, había sido corroborada en la sentencia que decidió sobre el proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia,²¹¹ al hacer referencia al art. 48 del proyecto, que establecía que las sentencias de la Corte Constitucional que se dictaran como resultado del examen de las

210. Importa señalar que en la misma sentencia se indicó que la mencionada concepción acerca de la cosa juzgada -es decir, la diferenciación entre cosa juzgada explícita e implícita- se respaldaba en la tradición jurídica del país, expresada en distintas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del propio Consejo de Estado Para fundamentar este aserto, en la sentencia se remite a los siguientes fallos de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 20 de octubre de 1916, M.P., DR. Juan Méndez, Gaceta Judicial N° 25 pág. 250; sentencia de julio 9 de 1928, Gaceta Judicial N° 35, pág. 550; sentencia de septiembre 17 de 1967, Gaceta Judicial N° 86, pags. 42 y 43. Asimismo se hace referencia al pronunciamiento del día 9 de septiembre de 1981, de la Sección Primera del Consejo de Estado de Colombia, Consejero Ponente Jacobo Pérez Escobar.

211. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, M.P., Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

normas legales -bien fuera por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad-, sólo serían de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive.

No debe olvidarse como recuerda el maestro argentino Néstor Pedro Sagüés, que la cosa juzgada constitucional más que cumplir una función pacificadora poniendo fin a un conflicto, tiene por misión fundamental defender la supremacía de la Constitución²¹².

Clasificación de la cosa juzgada:

El profesor colombiano y presidente de la Corte Constitucional, doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, en su texto sobre Interpretación Constitucional²¹³, resume una clasificación de la cosa juzgada, extractada de varios fallos de la Corte Constitucional, la que hemos complementado:

Cosa juzgada aparente. Según la Corte se presenta cuando existe "...la absoluta falta de toda referencia, aún la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de lo acusado, lo que conduce a que la decisión pierda la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto tan sólo supuesta y no verdaderamente debatido".²¹⁴ Esta situación ocurre

212. SAGÜÉS, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, página 234.

213. MONROY CABRA, Marco Gerardo, Interpretación Constitucional, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, páginas 111-112.

214. Cfr. Entre otras, las Sentencias C-397 de 1995, C-098 de 1996; C-700 de 1999 y C-492 de 2000 de la Corte Constitucional de Colombia.

cuando al sustentar una decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, no se han establecido los fundamentos racionales y jurídicos de la decisión en que se declara uno entre otros textos normativos como constitucionales. En tal caso, sólo existe cosa juzgada aparente ya que no se ha examinado efectivamente si el texto normativo específico en confrontación con la Carta Fundamental es constitucional o inconstitucional. No debe olvidarse que una sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe ser motivada, fundada en las fuentes del derecho vigente, y congruente. No existe fallo ni cosa juzgada sin adecuado sustento jurídico de la decisión. La Corte Constitucional Colombiana debió analizar la constitucionalidad del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que contenía normas que configuraban el sistema de financiamiento de viviendas a largo plazo. La Corte encontró que dicha normativa era inconstitucional, pero surgió en el Pleno la objeción acerca de la posible cosa juzgada que existía en la materia, ya que la Corte Constitucional, desde 1994, había dictado una sentencia que había sostenido que todo el Decreto 663, del cual hacían parte las disposiciones actualmente impugnadas, era constitucional. La Corte Constitucional examinó minuciosamente la sentencia que ella había dictado en 1994, en la que constató que había omitido todo análisis del Decreto 663 de 1993, el cual aparecía declarado constitucional entre muchas otras disposiciones que en dicha oportunidad habían sido demandadas de inconstitucionalidad, apareciendo la referencia al Decreto 663 en la parte resolutive del fallo, no teniendo la parte motiva o los considerandos del mismo la más mínima referencia al contenido de dicho Decreto y a

su confrontación con la Constitución. Así, la sentencia de la Corte Constitucional C-700 de 1999, debió reconocer que respecto de dicha disposición normativa en la sentencia de 1994 había sólo una apariencia de cosa juzgada.

Cosa juzgada formal. Es la que se da “cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio.”²¹⁵ Es decir, que la sentencia es firme o inimpugnable. Existe cosa juzgada formal cuando se demanda una norma que tiene texto formalmente igual, es decir, cuando el contenido de una norma que ya ha sido objeto de pronunciamiento es reproducido íntegramente en otra.

Cosa juzgada material. Se presenta “cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica.”²¹⁶. En sentido material, el efecto de cosa juzgada supone que determinados contenidos de la Sentencia tienen una especial fuerza vinculante para futuros procesos que se desarrollen ante el mismo o ante otro órgano jurisdiccional, vinculación que impide que sobre el mismo asunto recaiga un nuevo pronunciamiento. Como señala A. De la Oliva Santos, la cosa juzgada material subviene (como la cosa juzgada formal, pero

215. Cfr. Entre otras, la Sentencia C-489 de 2000 de la Corte Constitucional de Colombia.

216. Cfr. Entre otras, la Sentencia C-427 de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia.

en mayor medida y más claramente) a la seguridad y a la paz jurídica. Porque a esas necesidades sirve una vinculación que impide, 1) que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente y que vuelva a entablarse acerca del asunto ya definido por la Jurisdicción y 2) que se produzcan resoluciones y sentencias contradictorias o que se reiteren, injusta e irracionalmente, sentencias con el mismo contenido sobre el mismo asunto²¹⁷.

Según Guasp, citado por Hernández Valle²¹⁸, la cosa juzgada material es “la inacatabilidad directa o inmediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita por vía de la apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad”. De esta definición, Hernández Valle concluye que la cosa juzgada material cumple dos funciones: una negativa, según la cual existe una prohibición para las partes de cuestionar la decisión y para plantear una nueva acción judicial que contradiga eventualmente la sentencia dictada en el primer lugar, lo cual se fundamenta en la necesidad de garantizar la paz y la seguridad jurídica, dando por finalizadas en un determinado momento las controversias jurídicas, lo que se concreta, desde el punto de vista procesal, en la imposibilidad de abrir un nuevo proceso. La función positiva, en cambio, consiste en impedir que en un nuevo proceso se decida de modo contrario a como

217. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco; GÓMEZ MONTORO, Ángel; MEDINA GUERRERO, Manuel; REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. Jurisdicción y procesos constitucionales. Colección Elementos - Ciencias Jurídicas. Editorial McGrawHill, Madrid, 2000, página 146.

218. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1995, página 102.

antes fue fallado. Para los representantes del activismo judicial, la cosa juzgada material no es de buen recibo en materia de constitucionalidad, ya que vincular al juez constitucional a sus propias sentencias y a la propia Constitución, les impediría reformar esta y adaptarla a los cambios sociales y políticos que supuestamente motivan su actuación.

Cosa juzgada absoluta. “Cuando el pronunciamiento de constitucionalidad a través del control abstracto no se encuentra limitado por la propia sentencia.”²¹⁹ Según el colombiano Franklyn Moreno Millán²²⁰, la cosa juzgada constitucional absoluta se presenta en dos supuestos: primero, frente a las inexecutableidades por vicios de fondo por cuanto al haber sido expulsada la norma en razón a su contradicción material con la Constitución, no quedará objeto sobre el cual hacer un nuevo examen ni podrá ser reproducida mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para expulsarla del ordenamiento jurídico. Segundo, en los pronunciamientos de exequibilidad cuando ya se ha realizado el examen sobre el procedimiento y se determina que este no ha sufrido vicios, o cuando sin haber analizado este aspecto ya pasó el término para demandarla; además, se ha llevado a cabo examen sobre la competencia. En estos eventos al cerrarse todas las posibilidades jurídicas de contradicción la cosa juzgada se vuelve absoluta.

219. Cfr. Entre otras, la Sentencia C-489 de 2000 de la Corte Constitucional de Colombia.

220. MORENO MILLÁN, Franklyn. La Jurisprudencia constitucional como fuente del derecho. Editorial Leyer, Bogotá, 2002, página 113.

Cosa juzgada eelativa. Es la antítesis de la cosa juzgada absoluta. Según la Corte colombiana, puede ser:

Explícita, “cuando la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma pueda ser nuevamente reexaminada en el futuro.”²²¹

Implícita, que se presenta cuando la Corte restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutive no diga nada. Según la Corte, “en tal evento no existe en realidad una contradicción entre la parte resolutive y la argumentación sino una cosa juzgada relativa implícita, pues la Corte declara exequible la norma, pero bajo el entendido que sólo se han analizado determinados cargos.”²²² Además se presenta “cuando el análisis de la Corte esta claramente referido a una norma de la Constitución o a un solo aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada.”²²³. Para el maestro chileno, doctor Humberto Nogueira Alcalá²²⁴, la existencia de una cosa juzgada relativa existirá en el caso en que la respectiva Corte Constitucional, en

221. Cfr. Entre otras, la Sentencia C-492 de 2000 de la Corte Constitucional de Colombia

222. Cfr. Entre otras, la Sentencia C-478 de 1998 de la Corte Constitucional de Colombia

223. Cfr. Entre otras, el Auto 131 de 2000 de la Corte Constitucional de Colombia

224. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución # 2, julio-diciembre de 2004, Editorial Porrúa, México, página 74.

el momento de hacer su análisis, no haya tenido en consideración determinadas hipótesis posibles de inconstitucionalidad del enunciado normativo, lo que puede reconocerse de dos maneras posibles. La primera, cuando el propio Tribunal Constitucional en el fallo señala que su análisis sólo consideró los aspectos impugnados por la parte demandante, en cuyo caso los efectos de cosa juzgada son relativos sólo a esa dimensión del análisis, pudiendo presentarse nuevas demandas de inconstitucionalidad del enunciado normativo basado en cuestiones distintas no consideradas en el fallo inicial. La segunda forma posible de reconocer una realidad de cosa juzgada relativa, es cuando el Tribunal Constitucional nada dice en la sentencia de haber examinado el enunciado normativo sólo desde determinados ángulos, por lo cual podría presumirse que lo hizo desde todos los enfoques posibles siendo, en tal caso, la cosa juzgada sería absoluta; sin embargo, ello no sería así si del análisis de los fundamentos del fallo en que se resolvió el caso anterior, no existe elemento que permita considerar razonablemente que se tuvo en consideración el nuevo problema constitucional planteado en la nueva demanda, en esta última hipótesis puede sostenerse con fundamento suficiente que el primer fallo tiene efectos de cosa juzgada relativa.

Para la Corte Constitucional colombiana, la cosa juzgada relativa se presenta cuando habiendo una acusación general contra una ley esta se declara constitucional solamente por los motivos de la sentencia y cuando la confrontación de las normas objeto de juicio no se realiza frente a todas las disposiciones de

la Carta. Esto es, cuando la sentencia no precisamente hace tránsito a cosa juzgada, sino que, por el contrario, admite la posibilidad que pueda ser revisada por las razones analizadas en la parte motiva de la sentencia.

Un claro ejemplo se desprende de la lectura de la Sentencia C-527 de 1994 de ese Alto Tribunal, que dice así: Esta Corporación ha considerado que cuando existe un ataque general contra una ley pero no ataques individualizados contra todos los artículos de la misma la vía procedente es limitar el alcance de la cosa juzgada constitucional, en caso de que la acusación global no prospere. En tales eventos, lo procedente es declarar constitucionales los artículos contra los cuales no hay acusación específica pero precisando que la cosa juzgada es relativa, por cuanto solo opera por los motivos analizados en la sentencia...²²⁵

La cosa juzgada surge dentro de los procesos constitucionales, los cuales tienen de manera inevitable proyección y trascendencia política, a pesar de no perder su naturaleza jurisdiccional, ya que de ellos siempre será parte el Estado, directa o indirectamente y, su participación matiza y modifica los efectos normales de la cosa juzgada.

Dice Hernández Valle²²⁶, que si los efectos de la cosa juzgada en los procesos constitucionales no vincularan al Estado, este, mediante la utilización del privilegio de la decisión ejecutoria -del que carecen los particulares- podría hacer inoperante las sentencias que

225. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-527 de 1994, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero.

226. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Op. Cit., página 103.

recaigan en aquellos. Para ello, le bastaría con dictar un nuevo acto o disposición de contenido contrario al anulado, ya sea por el mismo órgano recurrido o por vía diferente, aun cuando en Colombia, el Estado (ejecutivo y legislativo), so pena de sanción disciplinaria, tiene prohibición absoluta para reproducir, total o parcialmente, los actos o disposiciones anulados o declarados inexecutable, a través de otras leyes o decretos. De allí se deduce que los efectos de la cosa juzgada en los procesos constitucionales vinculan tanto al recurrente, a los coadyuvantes, a las demás partes si las hubiere, así como a la Administración recurrida y demás órganos y entes estatales.

En suma, para la doctrina, los efectos de la cosa juzgada constitucional no pueden ser iguales al Derecho Procesal general, donde, como es sabido, dice Hernández Valle, la eficacia de cosa juzgada le pone una especie de loza sepulcral al proceso, impidiendo, salvo los excepcionales casos de nulidad, que lo fallado en aquél pueda ser revisado nuevamente por el mismo tribunal u otro diferente en el futuro.

Sin embargo, añade Hernández Valle²²⁷, en los procesos constitucionales es necesario que los propios tribunales de esa jurisdicción mantengan la posibilidad de variar sus decisiones en casos similares en el futuro, e inclusive puedan anular sentencias desestimatorias cuando, por errores evidentes, se haya dejado de amparar la violación de un derecho fundamental.

Y, en cuanto a los límites temporales de la eficacia de la cosa juzgada de las sentencias dictadas en los

227. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Op. Cit., página 108.

procesos constitucionales, Hernández Valle concluye que tal eficacia queda enervada si en relación con el resultado obligatorio de la sentencia se produce un cambio fundamental en “las relaciones de la vida o de la opinión jurídica general”, conforme, según él, “lo ha sostenido la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional de Baviera, dado que ello vendría a suponer, en la realidad, una auténtica mutación de la situación fáctica inicial, lo que autoriza al tribunal para desconocer la cosa juzgada de la decisión anterior y resolver por medio de una nueva sentencia la misma cuestión de modo diferente. La praxis de la Supreme Court de los Estados Unidos esta llena de ejemplos de cambios jurisprudenciales propios, ya sea por una variación en la opinión de los jueces o por un cambio en la integración de la Corte”.²²⁸

Doctrina Constitucional vigente:

Además del referente a los distintos tipos de cosa juzgada, el profesor Diego Eduardo López Medina, en su libro “El Derecho de los Jueces”, menciona en relación con las sentencias de constitucionalidad abstracta y con las sentencias de tutela, la doctrina constitucional vigente para las mismas, en los siguientes términos:

Doctrina constitucional vigente sobre el valor de las sentencias de constitucionalidad abstracta:

La Corte ha sido reiterativa en este punto a partir de la Sentencia C-113 de 1993 al fijar los efectos erga omnes o de obligatorio cumplimiento de sus fallos, para sus sentencias de constitucionalidad abstracta,

228. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Op. Cit., página 109.

así tengan estas carácter de legislación negativa²²⁹ o positiva, incluyendo a ciudadanos autoridades públicas. Dicha obligatoriedad, al decir del profesor López, incluye ahora las condiciones o modalidades interpretativas bajo las cuales se entiende que una norma legal puede ser aplicada sin violar la Constitución. A todos estos elementos que por lo general aparecen bajo el acápite “decisión de la Corte” se les conoce como cosa juzgada explícita. Pero también se ratificó la vieja doctrina según la cual también son obligatorios aquellos apartes de las motivaciones o consideraciones de la Corte, que al tenor de la misma Sentencia C-131 de 1993, “guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia”, lo que se ha llamado cosa juzgada implícita²³⁰. Tales apartes son obligatorios en los procesos de constitucionalidad, mientras que el resto de la motivación sólo tiene valor indicativo o auxiliar, de conformidad con el tradicionalismo de fuentes. Tales motivaciones indicativas o auxiliares son usualmente denominadas *obiter dictum*. En cambio, aquello apartes que se recubren implícitamente con el valor de la cosa juzgada constituyen la *ratio decidendi* del fallo, esto es, las consideraciones sin las cuales el fallo no tendría pleno significado jurídico”.²³¹

229. En Colombia, la Corte Constitucional opera como legislador negativo y tiene derecho a que su declaratoria tenga efectos *erga omnes*. Es lo que yo he llamado -mucho antes que Diego López Medina-, los fallos legislativos de la Corte.

230. Esta doctrina ha ido en la Corte el modelo para expedir los fallos condicionados o interpretativos según la modulación de su contenido, ya que lo que no se hubiere incluido en la parte resolutive aparecía en la motiva y su aplicabilidad dependía de la redacción que uniera las dos partes para otorgarles a ambas todo el valor vinculante del fallo, de acuerdo con la Sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia.

231. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho*, Ediciones Uniandes y Editorial Legis, primera edición, Bogotá, D.C.,

Doctrina constitucional vigente sobre el valor de las sentencias de acción de tutela:

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, dispuso en su art. 48 que : “Las decisiones adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”²³², pero, la Corte condicionó la interpretación del artículo en una Sentencia que ahora es criterio recurrente de la Corporación para hacer valer sus fallos inter partes, como valor que ha de unificar y orientar la interpretación de la Constitución, en los siguientes términos:

“Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso. Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por

2000, páginas 36-37

232. Ver artículo 48 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia.

consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exigibilidad del segundo numeral del artículo 48, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si estos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”.²³³

8. La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional

Del análisis de nuestra lista de procesos, ha de tenerse muy en cuenta que el Derecho Procesal Constitucional se maneja con frecuencia con normas de principio (son las constitucionales), por oposición a las normas comunes, y es allí donde el juez ha de tener muy presente la Supremacía de la Carta y la integración del bloque de constitucionalidad como desafío para fallar.

Precisamente García Belaunde dice que “si nos ponemos de acuerdo en la existencia de una disciplina nueva denominada “Derecho Procesal Constitucional”, y si a continuación aceptamos su ubicación dentro del campo más amplio de la teoría general del proceso, o mejor aún, del derecho procesal general, es fácil comprender que de ahí debemos deducir un contenido mínimo de la disciplina, que a su vez se refleje en la enseñanza que se imparta, lo que debe

233. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-123 de 1995.

constar en los syllabus universitarios. Por tanto, nada mejor que avanzar en ese sentido, aun cuando sólo sea provisoriamente. Ahora bien, la acción es estudio obligado de la parte general y supuesto de todo lo que viene después, pero por su carácter genérico y abstracto, no es tocado en los derechos especiales, en este caso, el procesal constitucional. Si bien es cierto que lo presupone, pues sin acción no hay derecho procesal. Pero este punto, reitero, es la parte general y previa; si se quiere, el supuesto mismo de nuestra disciplina”.

¿Cuál es entonces el contenido de nuestra disciplina procesal constitucional? Básicamente, para el caso de Colombia son los temas ya expresados, sin embargo, distintos doctrinantes dicen que ha de tener tres grandes temas, que son dentro de los que se enmarca el Derecho Procesal Constitucional, -estructura que ya comentamos de la Jurisdicción constitucional, los Procesos constitucionales, y la Magistratura constitucional, ya explicados.

Estos tres serían los puntos básicos de toda disciplina nueva, de carácter procesal constitucional, que queramos poner en marcha. Por cierto, cabría distinguir entre un Derecho Procesal Constitucional general, cuando enfocamos la problemática sin hacer mayores precisiones y más bien como una panorámica (como podría ser el Derecho Civil general o el derecho penal general), y distinguirlo del Derecho Procesal Constitucional particular, que es la disciplina, pero desarrollada únicamente en torno a un país determinado (así, por ejemplo, el Derecho Procesal Constitucional plurinacional de Bolivia, el Derecho Procesal Constitucional colombiano, el Derecho

Procesal Constitucional argentino o el Derecho Procesal Constitucional peruano). En estos casos, del Derecho Procesal Constitucional comparado, se haría un análisis detallado, pero tan sólo de un país determinado, entendiendo que serán necesarios, en toda circunstancia, algunos conceptos genéricos o referencias teóricas, para mejor entender lo que pasa en un determinado país.

Una vez delimitado el objeto de estudio del Derecho Procesal Constitucional, corresponde presentar las fuentes a emplear para su análisis: En primer lugar las normas constitucionales, luego la legislación sobre procesos constitucionales y magistratura constitucional; jurisprudencia constitucional y procesal constitucional y las normas internacionales sobre derechos humanos.

Como lo preguntaron Domingo García Belaunde y José Palomino Manchego, ¿Qué había antes?, ¿Qué hay ahora? Y ¿Qué debemos esperar del Derecho Procesal Constitucional?

Antes de 1991, en el caso de Colombia, sólo había un tímido esfuerzo por explicar qué función cumplía la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Pocos llegaban a demandar una ley o un decreto, pues creían que el término “ciudadano”, acuñado en 1910 para acudir ante esta jurisdicción sólo estaba reservado para algunos pocos elegidos que conocían el Decreto 432 de 1969.

Ahora, gracias a la expansión de los Tribunales Constitucionales, el Derecho Procesal Constitucional se viene cimentando. De ahí se desprende que: “El

Derecho Constitucional de nuestra época es una de las ramas que más transformaciones ha experimentado en el campo de la Ciencia Jurídica. Efectivamente, nuestra disciplina se ha enriquecido considerablemente en los últimos decenios con numerosas y heterogéneas instituciones que se han introducido en los más recientes ordenamientos fundamentales, con objeto de asegurar el respeto a los derechos humanos y el funcionamiento equilibrado y armónico de los poderes públicos dentro de un régimen pluralista de libertad y de justicia social”²³⁴.

Y, en fin de cuentas, como tercer trazo, ¿qué debemos esperar? La idea es que el Derecho Procesal Constitucional adquiera su autonomía, y como tal, se constituya en una nueva disciplina del Derecho Público. Para ello, como en su momento lo recomendó García Belaunde, tendrán que influir de sobremana en el terreno práctico de los ordenamientos jurídicos nacionales, la compilación de disposiciones en un Código Procesal Constitucional y la implantación de cursos y/o asignaturas en los planes curriculares a nivel universitario, como también la organización de permanentes congresos y encuentros académicos sobre la materia, labor que asumimos, a manera de reto, los profesores del área.

234. Al respecto, cfr. Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona: *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, Editorial Porrúa-UNAM, México, D.F., 1999, pág. VII. Así también lo entienden, entre otros, Enrico Spagna Musso: *Diritto Costituzionale*, terza edizione, Cedam, Padova, 1990, cuando sostiene que la problemática jurídico-constitucional es una problemática de actualidad (págs. 28 y sgts.) y Giuseppe de Vergottini: *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, páginas 2 y sgts., citado por GARCÍA BELAÚNDE, Domingo.

En 1991, cuando la Asamblea Nacional Constituyente, adoptó como artículo 67 del Texto Superior, la disposición señalada, que hace énfasis por primera vez en la enseñanza constitucional de los DDHH y dentro de esta disposición, a mi juicio, siempre cabría la enseñanza del Derecho Procesal Constitucional²³⁵.

Sin duda alguna, la enseñanza de una temática, en forma independiente, ayuda mucho a su consolidación y a su difusión y es lo que estamos buscando con el Derecho Procesal Constitucional, aunque la independencia en la enseñanza universitaria de un determinado tópico, no ayuda de por sí, a que se convierta en disciplina autónoma, “pero es útil, no sólo para configurarla cuando esto es necesario, sino para que el conocimiento de ella se extienda y su importancia aumente, creándose así un ambiente propicio en la comunidad académica”, como dicen los expertos.

Pese al hecho de que el Derecho Procesal Constitucional, presenta en Colombia, desde 1991

235. ARTÍCULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, Op. Cit.

aspectos antes inaplicados del Derecho Público, “y seguramente el más valioso desde el punto de vista axiológico, (sobre todo en relación con la protección de los derechos humanos)”, su enseñanza anda a paso lento pero seguro en Colombia, como se evidencia en el siguiente cuadro, en el cual, por lo pronto he incluido a las 26 facultades de derecho de Bogotá, de las más de 170 en el país.

Por ejemplo en pregrado como asignatura electiva le abrí campo en la Universidad de La Sabana desde 2005. En la Fundación Universitaria Manuela Beltrán de Bogotá aparece en el plan de estudios y en la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Cartago valle, incluye en quinto semestre una sesión de una hora de Derecho Procesal Constitucional y en la asignatura Acciones Públicas de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca en Popayán, cuando la impartía el profesor Mario Cajas Sarria, se incluía el sub tema derecho constitucional procesal y Derecho Procesal Constitucional. Como educación no formal, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad “De Justicia”, ha impartido cursos de Derecho Procesal Constitucional.

La Pontificia Universidad Javeriana, le da incluso título a la Especialización en Derecho Sustantivo y Procesal Constitucional; la Universidad Militar Nueva Granada ha creado desde 2007 la especialización en Derecho Procesal Constitucional y Derecho Penal Militar; el Derecho Procesal Constitucional también se dicta dentro de la Especialización en Derecho Público Económico y Contencioso Administrativo de la Universidad Autónoma de Colombia; en las

especializaciones en derecho Constitucional y en Derecho Administrativo de la Universidad Libre se imparten bajo la guía del profesor Ernesto Rey Cantor, abanderado de este tema en Colombia; se imparte también en la Universidad Libre de Colombia, en sus especializaciones en Derecho Constitucional de sus sedes en Cali y Cúcuta donde se incluye la asignatura Derecho Procesal Constitucional y en las especializaciones en derecho constitucional y derecho procesal en Barranquilla; algo similar hace la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla que con el nombre área Derecho Procesal Constitucional imparte un módulo en su especialización en derecho procesal; en la Universidad Nacional de Colombia, dentro de la Especialización en Instituciones Jurídico Procesales se estudia el módulo Derecho Procesal Constitucional, que incluye procesos y acciones constitucionales (acciones de tutela, de grupo y populares únicamente) y la cátedra de Derechos Humanos; y en la Universidad Autónoma de Bucaramanga se imparte en la especialización en derecho constitucional.

La Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín (próxima a convertirse en el primer Doctorado del área y además el primero en derecho de ese departamento), incluye dentro del componente básico Derecho Procesal Constitucional y derecho constitucional Procesal; la especialización en derecho procesal de la Universidad de Boyacá en Tunja, dentro del área procedimientos, incluye el Derecho Procesal Constitucional.

En la Universidad del Rosario se ha impartido un Diplomado de cien (100) horas sobre el tema durante

dos meses en el año 2006, con el objetivo de Actualizar a los profesionales del derecho en el ejercicio de los distintos mecanismos procesales para la defensa de derechos y pretensiones ante la administración y ante los jueces y dirigido principalmente a abogados de empresas privadas y entidades públicas, profesionales independientes y asesores jurídicos de organizaciones no gubernamentales.

Al igual que lo he querido hacer en mi asignatura, el Rosario quiso presentar como valor agregado del curso la experiencia de los docentes en las distintas áreas temáticas, combinando conocimientos y aplicación en campo, tanto desde la perspectiva del ejercicio profesional como desde la judicatura y la administración, cuya adecuada integración ha sido empleada exitosamente en promociones anteriores del Diplomado, tratando cada unidad temática con una parte teórica que requiere el qué, el cómo y el para qué de los recursos y acciones y una parte práctica; análisis de procedimientos e interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia, sobre estos temas.

No podemos tampoco negar la ingente producción del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, liderado por la profesora Anita Giacometto Ferrer, institución de la cual fui co-fundador, así como la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, las dos entidades, corresponsales del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

En el resto de América Latina, existen particularmente cursos de Derecho Procesal

Constitucional en México, Argentina, Chile, Brasil, Bolivia y Perú, además de congresos dedicados al tema (como es el caso de los numerosos eventos realizados sobre esa rama del derecho desde la Argentina hasta México).

Por ejemplo, encontramos como asignatura de pregrado y postgrado en la UNAM; también en la Maestría en Derecho Procesal Constitucional (Programa dirigido a Jueces, Magistrados, Funcionarios Públicos, Asesores y Abogados interesados en el estudio de los diversos instrumentos establecidos para la resolución de los conflictos o controversias de carácter constitucional), en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana de ciudad de México; el Diplomado en Derecho Procesal Constitucional organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Universidad Anahuac de México (con el objetivo de proporcionar a los participantes el marco teórico del control de constitucionalidad en México y habilitarlos para el ejercicio eficaz de los procedimientos de control del poder público de índole jurisdiccional radicados en sede del Poder Judicial de la Federación); el Diplomado de Profundización en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de Juárez, México, en coordinación con la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Casa de la Cultura Jurídica en Durango (esta dirigido a catedráticos, abogados litigantes y funcionarios del Poder Judicial Federal y Estatal, abarca un amplio temario como Teoría de la Constitución, Magistratura Constitucional, Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Antecedentes Históricos y Naturaleza del Juicio de Amparo en la

Actualidad, Juicio de Amparo Directo e Indirecto, Juicio de Amparo contra Leyes, Controversias Constitucionales, entre otros); el Post-Título en Derecho Procesal Constitucional fruto del Convenio académico celebrado entre la Pontificia Universidad Católica del Perú y Tribunal Constitucional de ese país, (curso que constituye un laboratorio de especialización en materia de teoría y práctica de las garantías constitucionales, orientadas al fortalecimiento del Estado Constitucional, a través del desarrollo de una cultura de protección de los derechos fundamentales y de la supremacía jurídica de la Constitución. Principios que constituyen la base material que da impulso al proceso de maduración democrático-constitucional del Perú, dirigido a Profesores de Derecho Constitucional y Derecho Procesal: Con la finalidad de especializarlos en el Derecho Procesal Constitucional. Profesionales del Derecho abogados, jueces, fiscales, consultores, funcionarios públicos, entre otros);

En el Programa Internacional de Maestría en Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Chuquisaca, Bolivia, con validez dentro de los países que conforman la Comunidad Andina, (su objetivo es el de profundizar en los participantes los conocimientos científicos, doctrinales, positivos y jurisprudenciales en Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional, que les permita adquirir habilidades, destrezas y valores acerca del Estado Democrático de Derecho y sus instituciones democráticas, así como sobre los sistemas de control de constitucionalidad y los procesos constitucionales);

la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Modelo de Mérida, Yucatán, México, (que busca formar juristas y docentes con un profundo conocimiento del Derecho Procesal Constitucional, preparados para el análisis, la aplicación y la transmisión de los instrumentos constitucionales previstos en nuestra Carta Magna tanto en su parte sustantiva como procedimental, con un sentido ético y humanístico, a través de una metodología que lo habilite para participar en forma activa, con una actitud crítica y creativa, en la resolución de nuevos problemas en ese ámbito, lo mismo en el contexto nacional que en el internacional, y los oriente en su preparación para desempeñarse en la docencia, en el ejercicio profesional o como investigadores con la más alta preparación en el campo de esta Ciencia del Derecho); la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, Facultad de Derecho y Criminología; la Maestría en Derecho Procesal Constitucional que se imparte en Cancún, Quintana Roo, México;

En el sur del continente, encontramos el Programa de Profundización en Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario en la Pontificia Universidad Católica Argentina de Rosario, Argentina y bajo la dirección de Néstor Pedro Sagüés; y finalmente, entre otros pocos más, la Universidad Nacional del Nordeste en Chaco, Argentina, tiene la Carrera de Especialización en Derecho Procesal Constitucional. Y en Chile, también se imparte dentro de la Maestría en Derecho

Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca.

Sobrarían muchos otros ejemplos, que podríamos también incluir aquí, gracias a la necesidad de actuar ante los Tribunales Constitucionales y conocer su técnica procedimental.

Salvo lo expuesto, es evidente que el Derecho Procesal Constitucional, autónomo según nuestro entender, en realidad es difícil que se desprenda del Derecho Constitucional, y quizá por la sencilla razón de que la base directa del proceso constitucional, se encuentra en la misma Carta.

Como agrega García Belaunde, “los procesos civiles y los procesos penales tienen su fundamento en la Constitución, pero ella en sí misma no los contiene. Lo que sí contiene una Constitución es el nombre de los instrumentos procesales protectores y en la medida que sirven para protegerla a ella misma, y en tal sentido, cuando la referencia es directa, y no indirecta, estamos ante procesos constitucionales en sentido estricto. Por tanto, sin caer en detalles, y en la medida que esto se encuentra consagrado en el texto constitucional, es inevitable que en la enseñanza del Derecho Constitucional, se haga referencia a estos aspectos procesales de defensa de la Constitución, lo que a la larga perjudica o dificulta su existencia como disciplina autónoma”.

Y así lo podemos apreciar en algunos manuales de la disciplina de fecha reciente dedicados estrictamente al tema, que citamos en nuestra bibliografía.²³⁶

El Derecho Procesal Constitucional es una disciplina que cobra cada vez mayor atención en América Latina. Su objeto de estudio son los procesos constitucionales y la magistratura constitucional, por lo que mantiene un estrecho vínculo con el derecho constitucional, lo que explica que sean los especialistas en esta materia los que en primer lugar se hayan involucrado en esta nueva disciplina, enriqueciendo su razonamiento jurídico con una perspectiva procesal.

Como conclusión, podemos citar lo que dijo el profesor peruano Luis Alberto Huerta Guerrero²³⁷ sobre el Derecho Procesal Constitucional: “Se trata de una materia compuesta por varios temas, lo que de por sí rebasa el tiempo permitido en cualquier ciclo o semestre universitario. En segundo lugar, se trata de temas que son muy diferentes entre sí, aunque tengan como vínculo la defensa de la Constitución. En tercer lugar, el análisis de estos temas requiere un manejo importante de experiencias comparadas, pues los procesos constitucionales y la magistratura constitucional presentan características diferentes en cada país. Centrar su análisis en la normativa interna es contrario a toda perspectiva de estudio que pretenda ser

236. Entre otros más el de Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra (Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires 1998).

237. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del Derecho Procesal Constitucional. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Tomo I - Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo.

sería. Asimismo, se hace necesario un trabajo intensivo con base en la jurisprudencia constitucional y procesal constitucional, tanto local como del derecho comparado. Un enfoque de los temas desde la perspectiva del derecho constitucional es asimismo indispensable”.

Nulidad de sentencias proferidas por la Corte Constitucional

Es importante, dentro de la historiografía colombiana, tener presente que la jurisprudencia del más alto Tribunal Constitucional de Colombia ha sido enfática en señalar, siguiendo lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, que contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno.

Sin embargo, ha reconocido que la violación al debido proceso que provenga de la misma sentencia hace procedente, en casos estrictamente excepcionales, la declaratoria de nulidad, aspecto que si bien no tiene antecedentes históricos, nos permite una proyección al futuro acerca de lo que debe ser enmendar los errores de esta Corporación, que se ha vuelto algo más que un órgano judicial, un legislador autónomo en el ordenamiento colombiano.

En efecto, este organismo de justicia ha considerado de tiempo atrás que dicha posibilidad no esta circunscrita a los juicios de constitucionalidad, como pareciera desprenderse de la normativa, sino que también es aplicable a las sentencias de tutela proferidas por la Sala Plena o por las diferentes salas de revisión de esta Corporación, porque su objetivo no es otro que

garantizar la plenitud del ordenamiento Superior y de los derechos fundamentales de los asociados.[2]

A partir de lo anterior, se han establecido ciertas hipótesis en donde se configura una causal de nulidad de las sentencias, haciendo énfasis en que:

- i) Su procedencia es estrictamente excepcional,
- ii) ocurre por una grave afectación al debido proceso, y
- iii) requiere una exigente carga argumentativa para el solicitante de la nulidad, en el sentido de demostrar de manera clara y suficiente la forma como la vulneración al debido proceso incide de manera significativa y trascendental en la decisión adoptada.[3]

De esa forma se pronunció esta Corporación en el Auto A-031A de 2002:

La declaratoria de nulidad de una sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional es una medida excepcional a la cual solo puede arribarse cuando en la decisión concurren situaciones jurídicas **especialísimas y excepcionales**, que tan solo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera **indudable y cierta**, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los Decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, **con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental**, en cuanto a la decisión

adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar. [4] (Subrayado fuera de texto)

Recalcando en el carácter excepcional de su procedencia, este Tribunal ha expresado que el incidente de nulidad contra una sentencia de la Corte Constitucional no constituye un recurso contra este tipo de providencias; ni tampoco una posibilidad para reabrir el debate o examinar controversias que ya han sido definidas.[5]

Por el contrario, la nulidad esta restringida exclusivamente a circunstancias ostensibles y trascendentales que afectan de manera cierta e indiscutible el derecho fundamental al debido proceso. [6] De esa forma, solo los argumentos encaminados a demostrar una violación notoria y flagrante de este derecho, con una incidencia significativa y trascendental en cuanto a la decisión adoptada, tienen la virtualidad de abrir paso a la nulidad de una sentencia de esta autoridad judicial. En efecto:

(...) esta Corporación ha sostenido que quien invoca la nulidad tiene el deber de sustentarla, mediante una carga argumentativa seria y coherente, que implique una verdadera confrontación entre la sentencia acusada y el contenido normativo de las garantías procesales del derecho fundamental al debido proceso presuntamente vulneradas. En este orden de ideas, se reitera entonces cualquier inconformidad con la interpretación dada por la Corte, con la valoración probatoria o con los criterios argumentativos que sustentan la sentencia, no pueden constituir fundamentos suficientes para solicitar su

nulidad, ya que este tipo de situaciones no implican la vulneración del debido proceso, sino que constituyen meras apreciaciones connaturales al desacuerdo e inconformismo del solicitante con la decisión. Por ello, solamente aquellos vicios que impliquen una verdadera afectación del debido proceso, cuya demostración sea ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos, pueden conducir a la nulidad de una sentencia proferida por esta Corporación. [7].

Teniendo en cuenta los anteriores criterios, la Corte Constitucional ha decantado los requisitos formales y materiales que deben concurrir para declarar la nulidad de las sentencias, las cuales dado el carácter extraordinario de la figura ha llevado a que la jurisprudencia constitucional establezca los presupuestos para su procedencia, distinguiendo dos clases de requisitos: unos de carácter formal y otros de naturaleza sustancial.

En relación con los primeros ha considerado:

- a) **Temporalidad:** de acuerdo a esta condición, la solicitud de nulidad debe ser presentada dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la sentencia. Vencido tal término se entienden saneados los vicios que hubieran dado lugar a la declaratoria de nulidad, salvo que la proponga un tercero interesado que no hubiera sido parte del proceso de tutela.[8]

Si el vicio se funda en situaciones ocurridas con anterioridad a la adopción del fallo de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, la solicitud de nulidad deberá presentarse antes de que sea proferida la sentencia.

- b) **Legitimación en la causa por activa:** el incidente de nulidad debe ser presentado por quien haya sido parte en el trámite de tutela, o en su defecto, por un tercero que resulte afectado por las órdenes proferidas por la Corte en sede de revisión, resultando viable interponer la solicitud en los términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991. [9]
- c) **Deber de argumentación:** quien pretenda la nulidad debe cumplir con una exigente carga argumentativa seria y coherente, señalando de manera clara y expresa la causal de nulidad invocada, los preceptos constitucionales transgredidos y su incidencia en la decisión adoptada, no siendo de recibo razones que manifiesten simple disgusto o inconformismo por la decisión. [10]

Así las cosas, conforme al carácter extraordinario de esta figura, sustentado sobre todo en la entidad de las decisiones proferidas por este Tribunal como órgano de cierre, se ha precisado que, de una parte, las causales que lo sustentan así como los presupuestos de oportunidad y legitimación que lo rigen, deben interpretarse de manera restrictiva y, por otra, que el rigor y la carga argumentativa de quien alega la nulidad debe alcanzar a mostrar, y sustentar con claridad estricta, en qué

consiste la anomalía en la que se fundaría la pérdida de efectos de la sentencia.[11]

De igual forma, respecto de los requisitos sustanciales o materiales, esta Corte ha identificado algunas causales, a saber:

- i) **Cambio de jurisprudencia:** atendiendo lo establecido en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos restrictivamente por la Sala Plena de la Corte, razón por la cual cuando una Sala de Revisión varía la jurisprudencia, se desconoce el principio del juez natural y se vulnera el derecho a la igualdad..[12]
- ii) **Desconocimiento de las mayorías establecidas legalmente:** en los casos en los que la Corte dicta una sentencia sin que haya sido aprobada por las mayorías exigidas en el Decreto 2067 de 1991, Reglamento Interno (Acuerdo 05 de 1992) y Ley 270 de 1996.[13]
- iii) **Incongruencia entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia:** lo cual genera incertidumbre respecto de la decisión adoptada, como es el caso de las decisiones anfibológicas o ininteligibles, por abierta contradicción o cuando carece en su totalidad de argumentación en su parte motiva.[14]

Adicionalmente, frente a este requisito la Corte ha establecido que:

(...) los criterios que se utilizan para la adecuación de la sentencia, respecto de la redacción o de la argumentación no constituyen vulneración al debido proceso. Tampoco el estilo de los fallos más o menos extensos en el desarrollo de la argumentación, tienen trascendencia para efectos de una presunta nulidad, pues en las acciones de tutela la confrontación es entre los hechos y la viabilidad de la prosperidad de la protección constitucional y nunca respecto al formalismo de la solicitud como si se tratara de una demanda civil”.[15]

- iv) **Órdenes dadas a particulares en la parte resolutive de la sentencia que no fueron vinculados al proceso:** como garantía del derecho de defensa, en tanto no tuvieron la oportunidad de intervenir en el trámite tutelar.[16]
- v) **Desconocimiento de la cosa juzgada constitucional:** que deriva en una extralimitación en el ejercicio de las competencias atribuidas a esta Corporación por la Constitución y la ley.[17]
- vi) **Elusión arbitraria de análisis de asuntos de relevancia constitucional:** siempre y cuando resulten trascendentales para el sentido de la decisión.[18]

En síntesis se advierte, que la jurisprudencia ha reiterado que este incidente no constituye una nueva instancia ni un recurso a partir del cual se pueda reabrir el fondo de una controversia. Al respecto, en el Auto 164 de 2005 se precisó lo siguiente:

La declaratoria de nulidad de una sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional es una medida excepcional a la cual solo puede arribarse cuando en la decisión concurren situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan solo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los Decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar.”[19] (Subrayado por fuera del texto original).

Los requisitos y causales señalados deben ser atendidos, probados y satisfechos cuidadosamente por el incidentalista como requisito básico para proceder al estudio de fondo de la solicitud. La Corte ha considerado que, en caso contrario, teniendo en cuenta la naturaleza de este trámite, se hará obligatorio rechazar o denegar el petitum, según el caso.[20]

Del requisito formal de la temporalidad:

Sobre la causal de temporalidad la jurisprudencia de la Corporación ha especificado que es indispensable por motivos de interés general, precisar el término dentro del cual debe proponerse la nulidad, ya que de lo contrario se estaría frente a una situación indefinida en el tiempo, quedando al arbitrio de las partes el invocarla en cualquier época o momento, circunstancia

que indiscutiblemente genera incertidumbre entre los asociados, inseguridad jurídica en los destinatarios de los fallos judiciales y desconoce el régimen que en materia constitucional se aplica al trámite de las solicitudes de tutela.

Especialmente, la jurisprudencia constitucional en el Auto 232 de 2001 estudió lo relativo a los fundamentos para establecer un límite, por lo que la Corte especificó:

Los términos judiciales cumplen la función de determinar con claridad y precisión la oportunidad dentro de la cual se deben realizar los actos procesales por las partes, el juez, los auxiliares de la justicia, los terceros interesados, etc., constituyendo una garantía recíproca para las partes en el proceso, pues, estimulan la celeridad en las actuaciones o trámites y evitan asaltos sorpresivos que podrían atentar contra el derecho de defensa. El señalamiento de los términos judiciales no es de libre disposición por las partes en los procesos. [21]

Debe señalarse por la Sala, que todo silencio del legislador sobre los trámites en los procedimientos judiciales se puede suplir con las disposiciones, que rigen el trámite común a todos los juicios: contencioso administrativos, laborales, civiles o penales, en cuanto sean aplicables, por cuanto el ordenamiento jurídico permite al juez suplir la ausencia de regulaciones o lagunas legislativas a través del método de auto-integración; es decir, los vacíos legales debe colmarlos el intérprete según el caso con base en la analogía o en los principios generales del derecho.[22]

De acuerdo con la doctrina, mediante la analogía se trata de elaborar una norma jurídica para regular un caso imprevisto en la ley, pero con fundamento en la misma ley. La analogía representa pues, una extensión de la ley a otros casos diferentes a los expresamente previstos, pero, que son similares o semejantes a estos.⁴

El artículo 8° de la Ley 153 de 1887 se refiere de la siguiente manera a la aplicación analógica de la ley: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

El principio de la analogía consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, supone la presencia de tres (3) elementos para su configuración:

- a) Ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión;
- b) Que el caso previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador; y,
- c) Que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso no previsto el precepto normativo.

El artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 señala: “Dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato...”.

La Sala considera que ante la ausencia de norma legal expresa que indique el término dentro del cual se debe proponer o alegar la nulidad de cualquier sentencia proferida por esta Corporación que se origine en la misma, procede hacer uso de la aplicación analógica y aplicar el término de los tres (3) días señalado en el artículo 31 antes citado para proponer cualquier nulidad que se origine en la sentencia, por considerar además que se dan los tres (3) presupuestos básicos para acudir a la aplicación del principio de la analogía, así:

- a) Ausencia de norma que establezca el término procesal dentro del cual ha de presentarse la solicitud de nulidad de las sentencias que profiera la Corte Constitucional.
- b) Se trata de dos (2) situaciones similares en cuanto en los dos (2) eventos se ataca la decisión o sentencia que pone fin a una instancia o actuación; se refieren los dos (2) casos a situaciones de orden procesal dentro de la acción de tutela, y además se trata de actuaciones que se surten con posterioridad a la decisión de una instancia o actuación.
- c) La razón o fundamento de la existencia de un término perentorio para la presentación del escrito de impugnación del fallo es el bien jurídico fundamental y superior de la seguridad jurídica que motiva a esta Corporación a establecer un término perentorio para la presentación de la solicitud de nulidad, como es, el determinar en forma clara y precisa la oportunidad para el ejercicio de una facultad procesal, en virtud del principio

de la preclusión que orienta en forma general la actividad procesal y en aras de salvaguardar valores del derecho como la seguridad jurídica y la justicia.

Dicho término deberá contarse a partir de la fecha en que se notifique a las partes, la sentencia respectiva. Al respecto, el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 establece que las sentencias en que se revise una decisión de tutela deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes por el medio que este considere más expedito y eficaz de conformidad con lo previsto por el artículo 16 ibidem. (Subrayado por fuera del texto original).

En conclusión, la solicitud de nulidad de las sentencias que profiera la Corte Constitucional colombiana, debe ser presentada dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la misma; acto de notificación que cumple el juez o tribunal que profirió el fallo de primera instancia; debiendo dejar constancia de la fecha de la notificación y del medio empleado y que el juez consideró más expedito y eficaz de conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

Examen de la solicitud de nulidad:

En cuanto a la oportunidad en la interposición de la solicitud de nulidad contra decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, es imperativo que la misma deba hacerse dentro del término de ejecutoria de la

decisión, es decir, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia de tutela que se solicite anular.

Referencias

- Caamaño, F., Gómez, A. Medina, M. y Requejo, J. (2000). Jurisdicción y procesos constitucionales. Madrid: Colección Elementos-Ciencias Jurídicas. Editorial McGraw-Hill.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-543 de octubre 1 de 1992, M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-527 de noviembre 18 de 1994, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-123 de marzo 21 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de febrero 5 de 1996, M.P., Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-640 de noviembre 5 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-047 de enero 29 de 1999, MM.PP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y Dr. Carlos Gaviria Díaz, numeral 53 del citado fallo.

- Hernández, R. (1995) Derecho Procesal Constitucional. San José (C.R): Editorial Juricentro.
- López, D. (2000). El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho. Bogotá: Ediciones Uniandes y Editorial Legis.
- Monroy, M. (2007) Interpretación constitucional. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Moreno, F. (2002) La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho. Bogotá: Editorial Leyer.
- Nogueira, H. (2004) Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución, (2), julio-diciembre, pp. 113 - 158.
- Olano, H. (2005) Interpretación y dogmática constitucional. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.
- Olano, H. (2006). Interpretación y neoconstitucionalismo. México, D.F: Editorial Porrúa.
- Sagüés, N. (1998). La interpretación judicial de la Constitución. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Sierra, H. (1995). Sentencias de inconstitucionalidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria. Monografías Civitas. Editorial Civitas, Madrid, 1990.
- BERNAL CANO, Natalia. La Excepción de Inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002.
- BLUME FORTINI, Ernesto. El Control de Constitucionalidad en el Perú. En: CD de Memorias del II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional. San José de Costa Rica, julio de 2004.
- CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco; GÓMEZ MONTORO, Ángel; MEDINA GUERRERO, Manuel; REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. Jurisdicción y procesos constitucionales. Colección Elementos - Ciencias Jurídicas. Editorial McGrawHill, Madrid, 2000.
- CASTRO CASTRO, Jaime. Constitución Política de 1886. Editorial Oveja Negra, Bogotá, D.C., 1988.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. segunda edición, Editorial TEMIS, Bogotá, D.C., 1997.
- CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. Justicia Constitucional. Derecho Comparado y

Colombiano. Colección Bibliográfica Banco de la República. Bogotá, D.C., 1993.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL,
Sentencia C-527 de 1994, M.P., Dr. Alejandro
Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL,
Sentencia C-543 de 1992.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL,
Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Dr. Eduardo
Cifuentes Muñoz, numeral 53 del citado fallo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL,
Sentencia SU-640 de 1998, M.P. Dr. Eduardo
Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.
Sentencia C-037 de 1996, M.P., Dr. Vladimiro
Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.
Sentencia T-123 de 1995.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 de 1996

CORTE CONSTITUCIONAL. C-113 de 1993, M.P.
Dr. Jorge Arango Mejía.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de
1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104 de
1993. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113 de 2000. M.P., Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-560 de 1999, M.P., Dr. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-739 de 2001, M.P., Dr. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1158 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

DUEÑAS RUÍZ, Óscar José. Control Constitucional. Análisis de un siglo de jurisprudencia. Segunda edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D.C., 1997.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso. Ara Editores, Lima, 2003.

FERRER MacGREGOR, Eduardo (Coordinador). Derecho Procesal Constitucional. 4ª edición, Editorial Porrúa y Colegio de Secretarios de la Corte Suprema de la Nación, México, 2003.

FERRER MacGREGOR, Eduardo. Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación - Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Fundap. México, 2002.

- GAONA CRUZ, Manuel. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1984.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Temis, Bogotá, D.C., 2001.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional -Proceso y Constitución-, # 2, julio a diciembre de 2004, Editorial Porrúa, México.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo. La Justicia Constitucional. Garantías, procesos y Tribunal Constitucional. Depalma, Buenos Aires, 1994.
- HERNÁNDEZ SÁENZ, Juan. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1984.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 1995.
- HERVADA, Javier. ¿Qué es el Derecho? La moderna propuesta del realismo jurídico. Colección Astrolabio, serie Derecho, Ediciones Universidad de Navarra S.A. - EUNSA, Pamplona, 2002.
- HITTERS, Juan Carlos. El Derecho Procesal Constitucional. En: Ius et Praxis, Revista de la Universidad de Lima # 21-22, 1993.

LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?
Editorial Panamericana. Bogotá, D.C., 1996.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho, Ediciones Uniandes y Editorial Legis, primera edición, Bogotá, D.C., 2000.

LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1984.

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Supremacía e Interpretación Constitucional. En: Constitución Política de 1991: Visión Latinoamericana. Ediciones Rosaristas, Bogotá, D.C., 1993.

MEDINA MOYANO, Ricardo. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1984.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, Interpretación Constitucional, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001.

MORA RESTREPO, Gabriel Mario. En colaboración de: Álvaro Galán Figueroa, Omar Hernández Hussein, Jessica Marulanda Jiménez, Michelle Palmariny Peñaranda, César Rey Moreno y María Juliana Valdivieso Villamizar. Criterios de Justificación Racional utilizados por la Corte

Suprema de Justicia de los Estados Unidos en casos de interpretación constitucional sobre Derechos Fundamentales. Inédito, Universidad de La Sabana, Chía, 2005.

MORA RESTREPO, Gabriel. Razonamiento Jurídico e Interpretación Constitucional. -Elementos de justificación en la interpretación constitucional-. Inédito. Mimeo, S.F.

MORENO MILLÁN, Franklyn. La Jurisprudencia constitucional como fuente del derecho. Editorial Leyer, Bogotá, 2002.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución # 2, julio-diciembre de 2004, Editorial Porrúa, México.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Constitución Política de Colombia -Comentada y Concordada- sexta edición. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2002.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Colombia. Ediciones La Constitución y Ediciones Universidad de La Sabana, Bogotá, D.C., 1995.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Interpretación y Dogmática Constitucional. Con Prólogo de

Néstor Pedro Sagüés. Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2005.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Interpretación y Neoconstitucionalismo. Editorial Porrúa, México, 2006.

PÉREZ TREMPS, Pablo. La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina. En: Foro Constitucional Iberoamericano # 2. Instituto de Derecho Público Comparado - Universidad Carlos III de Madrid-Getafe. En: <http://uc3m.es/uc3m/inst/MPG/JCI/revista>, página 2.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Exposición. En: Aspectos del Control Constitucional en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1984.

REY CANTOR, Ernesto. Derecho Procesal Constitucional-Derecho Constitucional Procesal-Derechos Humanos Procesales Ediciones Ciencia y Derecho. Breviarios Jurídicos # 9, Bogotá, D.C., 2001.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. En: RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Estudios sobre jurisdicción constitucional. Editorial MacGraw Hill - Colección Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998.

SÁCHICA APONTE, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Editorial Temis, Bogotá, 1980.

- SAGÜÉS, Néstor Pedro. Desafíos de la Jurisdicción Constitucional en América Latina. En: Revista Electrónica “Foro Constitucional Iberoamericano”, # 8, octubre a diciembre de 2004. Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Getafe-Madrid. <http://uc3m.es/uc3m/inst/MPG/JCI/revista> , página 1.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional: logros y obstáculos. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. # 2, julio a diciembre de 2004. Editorial Porrúa, México.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución. Editorial DePalma, Buenos Aires, 1998.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.
- SANTIAGO (hijo), Alfonso. Los Modelos Institucionales de Corte Suprema. En: SANTIAGO (hijo), Alfonso y ÁLVAREZ, Fernando. Función Política de la Corte Suprema. Obra en homenaje a Julio Oyhanarte. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma y Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2000.
- SIERRA PORTO, Humberto. Sentencias de Inconstitucionalidad, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1995.

SUESCÚN MONROY, ARMANDO. Las Constituciones de Boyacá. Publicaciones de la Academia Boyacense de Historia, Tunja.

TAFUR GALVIS, Álvaro. Estudios de Derecho Público. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, D.C., 1997.

TOBO RODRÍGUEZ, Javier. La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad. 3ª. Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, D.C., 2004.

Derecho Procesal Constitucional

La edición especial a cargo del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, pretende contribuir al estudio sobre el Derecho Procesal Constitucional.

Esta publicación se realiza en el marco del I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: “Problemas actuales de la interpretación y argumentación jurídica”.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL DE BOLIVIA**