



REFLEXIONES COMPARATIVAS PARA UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

NATALIA BERNAL CANO*
UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE
UNIVERSITÄT OSNABRÜCK

Recibido el 26 de octubre de 2009 y aprobado el 18 de noviembre de 2009

RESUMEN

La siguiente ponencia presenta un nuevo modelo mixto de justicia constitucional como resultado de la comparación de varios procedimientos similares de control de constitucionalidad a iniciativa de los individuos existentes en diversos países.

Se mostrará a continuación el principal resultado de la tesis doctoral de Natalia Bernal Cano titulada “*Le contrôle de constitutionnalité de la loi sur recours d’un individu en Allemagne, Belgique et Colombie. Réflexions comparatives pour un nouveau modèle de justice constitutionnelle*”, dirigida por el profesor Otto Pfersmann y nominada ante el Consejo Constitucional del Gobierno Francés al premio de la mejor tesis doctoral del año sobre el control de constitucionalidad.

La investigación doctoral es autorizada para ser publicada en París. Sus aportes permitieron comprobar que la protección de los derechos fundamentales y la protección de la Constitución tienden a permanecer siempre unidas en todos los procedimientos constitucionales, en razón de su valor equivalente. En este aspecto fundamental radica la compatibilidad a nivel funcional de las formas de justicia constitucional. Existen semejanzas no sólo en lo relativo a las funciones de los procedimientos constitucionales, sino elementos estructurales de los mismos, cada vez más similares, de carácter objetivo y subjetivo, provenientes de los controles abstracto y concreto de constitucionalidad; los cuales se articulan o se mezclan haciendo aparecer una nueva figura procesal atípica y simplificada o una nueva fisonomía del procedimiento que fortalece la protección de los derechos fundamentales del individuo.

* Doctora en Derecho y Magister en Derecho Comparado de los Estados Europeos. Profesora de talleres dirigidos en Derecho Constitucional de la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne. Miembro de la Asociación Francesa de Constitucionalistas. Profesora asistente Universität Osnabrück Alemania. <http://crdc.over-blog.com/article-426978.html>. Correo electrónico: nataliabernal19@hotmail.com

PALABRAS CLAVE

Justicia constitucional, control de constitucionalidad, derechos fundamentales, acción de tutela, descongestión judicial, vías de acceso a la justicia constitucional.

COMPARATIVE REFLECTIONS FOR A NEW CONSTITUTIONAL JUSTICE MODEL

ABSTRACT

The following paper presents a new mixed model of constitutional justice as a result of the comparison of several similar procedures of constitutional monitoring due to the initiative of individuals within various countries.

It then displays the main result of the doctoral thesis of Natalia Bernal Cano entitled “Monitoring the Constitutionality of the law on the appeal of an individual in Germany, Belgium, and Colombia. Comparative reflections for a new constitutional justice model” directed by the professor Otto Pfersmann and nominated to the Constitutional Council of the French Government for the best doctoral thesis of the year award on constitutional monitoring.

The doctoral research is authorized to be published in Paris. Its contributions evidenced that the protection of fundamental rights and the protection of the Constitution always tend to stay together in all constitutional procedures, because of their equivalent value. The functional compatibility of the constitutional justice forms lies in this fundamental aspect. There are similarities not only with regard to the functions of constitutional procedures, but as well as their structural elements, increasingly similar, objective and subjective, from abstract and concrete constitutionality controls, which are articulated or mixed creating a new atypical and simplified figure or a new procedural physiognomy that strengthens the protection of fundamental rights of individuals.

KEY WORDS

Constitutional justice, constitutionality monitoring, fundamental rights, writ for the protection of fundamental rights, judicial decongestion, access routes to constitutional justice.

La doctrina, las Constituciones, la práctica jurisprudencial y las normas de procedimiento en varios países europeos como Alemania y Bélgica, y en varios países latinoamericanos como Colombia¹, nos muestran la articulación de procesos constitucionales o figuras procesales atípicas que fortalecen la protección del individuo y acercan las competencias de las Cortes Constitucionales.

El derecho comparado como disciplina jurídica autónoma es la herramienta que nos ha permitido aproximar los ordenamientos sin imponer en nuestro análisis ningún ordenamiento sobre otro o sin prohiar instituciones foráneas en perjuicio de la originalidad y autenticidad de nuestro sistema Constitucional.

Para resolver un problema o varios problemas jurídicos constitucionales, como el acceso a la justicia, la eficacia de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y la colisión de competencias entre las jurisdicciones, hemos utilizado la metodología del derecho comparado como una herramienta que facilita en nuestro estudio, la cooperación de los sistemas jurídicos y garantiza el análisis dinámico de beneficios comunes en igualdad de condiciones.

¹ En Bélgica, la Ley especial del 6 de Enero de 1989 sobre la anteriormente llamada “Corte de Arbitraje”, previó dos tipos de recurrentes para instaurar el recurso en anulación contra leyes inconstitucionales. De una parte, el recurso es accesible al Consejo de Ministros, a los Gobiernos de comunidades o regiones, a los Presidentes de las asambleas legislativas o a la solicitud de dos tercios de los miembros de estas. De otra parte, el acceso a la Corte se abre a los particulares, a toda persona física o moral de derecho privado o de derecho público que justifique un interés, esto es, que se sienta directamente lesionada por el acto legal en cuestión.

La Ley especial del 9 de marzo de 2003, en aplicación del Artículo 142 de la Constitución belga ha ampliado el ámbito de control de la Corte constitucional y a partir de este momento el control de constitucionalidad se extiende a los derechos fundamentales del Título II de la Constitución. Esta cláusula permite la inclusión de los derechos y garantías de alcance similar previstos por los instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos. Ver la explicación de este sistema constitucional en Natalia BERNAL CANO: “El control de constitucionalidad y la tutela judicial de los derechos fundamentales: Dos funciones complementarias del juez constitucional en los procedimientos de revisión de acciones de tutela contra sentencias judiciales. Un estudio comparado en pocas palabras”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 338, 2008. Sobre el sistema belga de control de constitucionalidad ver Francis DELPEREE: “Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel”, Journée d’études du 9 février 1990 Louvain, Collection Droit Public Positif, Economica, 1990. Ver también Alfonso CELOTO: *La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos*, VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, Primer Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Rosario Santa Fe, 21 y 22 de Agosto de 2003. Ver también los fundamentos jurídicos del recurso constitucional alemán, Art. 93 Ley Fundamental y Artículo 90, al. 1 Ley sobre la Corte Constitucional Federal. En el caso particular de Suiza, los grupos de personas pueden atacar directamente las leyes cantonales que violan sus derechos fundamentales. En este aspecto, el procedimiento correspondiente es el recurso directo. El Tribunal federal suizo conoce los recursos introducidos con ocasión de la violación de los derechos constitucionales cantonales, según el Artículo 189 de la Constitución de la Confederación suiza. “*Les Relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l’interférence, en cette matière, de l’action des juridictions européennes*”. Rapport du Tribunal fédéral suisse en vue de la XIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes – Bruxelles 2002. Avec la collaboration de Vera MARANTELLI, docteur en droit, greffière. Traduction: Dina CHARIF FELLER, docteur en droit, greffière. “*Lorsque les lois cantonales violent les droits fondamentaux, garantis par la Constitution fédérale, les particuliers peuvent saisir le Tribunal fédéral suisse à Lausanne dans le cadre de la procédure du recours des droits publics. Le tribunal constitutionnel suisse peut exercer un contrôle abstrait, c’est-à-dire indépendamment d’un cas concret, ou peut exercer un contrôle de la loi en tenant compte de son application concrète. L’actuelle Constitution en vigueur est celle du 18 avril 1999. Le Tribunal fédéral assure également la primauté du droit de rang supérieur sur le droit cantonal en vertu de la reconnaissance du principe de la force dérogatoire du droit fédéral*”.

Los resultados de la investigación doctoral² que son la base fundamental de la presente ponencia, muestran una significativa evolución jurisprudencial digna de admirar, en diversas sentencias de nuestra Corte Constitucional que permitieron amparar con efectos concretos, diversas situaciones de una pluralidad de individuos afectados por las leyes inconstitucionales. Este avance fundamental de la jurisprudencia constitucional colombiana se encuentra en nuestro procedimiento de control abstracto iniciado por acción pública de constitucionalidad.

El avance jurisprudencial descrito, nos revela el mismo razonamiento jurídico que existe en las figuras procesales europeas que amparan al individuo contra los efectos inconstitucionales directos causados por las leyes.

Encontramos entonces un lenguaje común entre los sistemas que comparamos y ello nos permite sugerir soluciones encaminadas a combatir el choque de trenes entre las jurisdicciones y la congestión judicial. De igual manera, las convergencias entre los sistemas nos permiten analizar soluciones que facilitan el acceso moderado a la justicia con resultados eficaces.

Colombia es admirada por los europeos porque ha permitido aportar en diversas ocasiones elementos en favor de un control de constitucionalidad de la aplicación de las leyes, muy a pesar de las críticas y de las reiteradas líneas jurisprudenciales divergentes que consideran que el control abstracto no puede amparar intereses particulares, y los sistemas constitucionales europeos como Alemania o Bélgica o como Austria, España o Suiza, pueden aportar a Colombia, interesantes fórmulas para resolver discusiones de actualidad.

² Natalia BERNAL CANO. “*Le contrôle de constitutionnalité de la loi sur recours d'un individu en Allemagne, Belgique et Colombie. Réflexions comparatives pour un nouveau modèle de justice constitutionnelle*”. Candidata al premio del Consejo Constitucional del Gobierno Francés otorgado a la mejor tesis doctoral del año sobre el control de constitucionalidad. El trabajo de investigación requirió visitas a la Universidad Católica de Louvain, a la Cardozo Law School de New York, a la Universidad de Harvard, a la Ludwig Maximilians Universität von München, a la Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften, a la Corte Constitucional colombiana y a la Corte Constitucional de Bélgica con sede en Bruxelles. Se obtuvo mención très honorable otorgada por los miembros de un jurado internacional compuesto por un Senador del Parlamento belga y profesor emérito, un constitucionalista alemán, un constitucionalista austriaco y dos profesores franceses de los cuales uno de ellos es especialista en Derecho Constitucional de América Latina. El jurado fue compuesto por:

M. Jean Michel Blanquer, Recteur de l'Académie de Créteil, Chancelier des Universités;
M. Francis Delpérée, Sénateur et Professeur ordinaire émérite à l'Université catholique de Louvain;
M. Otto Pfersmann, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne, directeur de la recherche;
M. Karl Peter Sommermann, Professeur à la Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer
M. Michel Verpeaux, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne.

En el informe de la sustentación pública de la presente tesis, el Director de la investigación, el profesor Otto Pfersmann afirmó: “*Cette thèse a le grand mérite de rapprocher les évolutions de plusieurs systèmes habituellement étudiés séparément et de montrer la parenté entre les systèmes européens et latino-américains en présentant la grande finesse et la sophistication de l'ordre constitutionnel colombien*”. “*Esta tesis tiene el gran mérito de aproximar las evoluciones de varios sistemas habitualmente estudiados de manera separada y de mostrar el parentesco entre los sistemas europeos y latinoamericanos presentando la gran fineza y la sofisticación del orden constitucional colombiano*”.

Algunos problemas jurídicos comunes o no comunes que presenta la justicia constitucional en Colombia y en varios sistemas jurídicos europeos podrían resolverse favorablemente si tenemos en cuenta las siguientes reflexiones:

I. IDEAS PARA PRESERVAR LA NATURALEZA MIXTA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La connotación, la naturaleza o el carácter mixto de la justicia constitucional, entendida como el mecanismo para garantizar la protección de la Constitución y de los derechos fundamentales, no implica solamente una coexistencia de controles abstracto y concreto de constitucionalidad en un sistema jurídico, efectuados respectivamente por la Corte Constitucional mediante la vía de acción pública y por los jueces de otras jurisdicciones con funciones constitucionales mediante la vía de excepción de inconstitucionalidad.

Un control mixto de constitucionalidad propiamente dicho o un sistema mixto de justicia constitucional no implica solamente la presencia de dos procesos, abstracto-concentrado y difuso-concreto, totalmente separados, con efectos generales y relativos para proteger la Constitución, ante la Corte Constitucional y ante todos los jueces respectivamente.

Un control mixto de constitucionalidad, un modelo o un sistema mixto de constitucionalidad puede ser también el resultado de la mezcla de elementos de dos procesos de naturaleza abstracta y concreta³. Este fenómeno puede presentarse en tres

³ Peter HABERLE cita la tesis de Konrad HESSE sobre la objetivación del Contencioso Constitucional. Entrevista realizada al Doctor Peter HABERLE: “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal constitucional”, en *Pensamiento constitucional*, Año VIII N. 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial Lima, 2002, p. 23-59. Voir aussi Dieter H.SCHEUING: “Table Ronde. Justice constitutionnelle, Justice ordinaire, Justice supranationale: A qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe?”, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XX, 2004, page 155. Ver también Marc CARRILLO LÓPEZ: “La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Henri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, N. 81, 2008, p. 87-109. Ver también Pablo LÓPEZ PIETSCH: “Objetivar el recurso de Amparo: Las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate Español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18 núm. 53, Mayo-Agosto 1998. Véase también Hans KELSEN: “Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine”, in *Revue française de Droit constitutionnel*, numéro 1, 1990; “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio Comparado de las constituciones austríaca y norteamericana”, traducción de Domingo García Belaunde del texto original publicado en *The Journal of Politics*, vol 4, mayo de 1942, núm. 2, p. 183-200; “Judicial Review of legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *Ius Et Veritas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año IV, número 6, Jun 1993, p. 83.

Konrad HESSE explica las técnicas de objetivación del contencioso como “medios empleados por la jurisprudencia constitucional, destinados a no desligar las demandas basadas en intereses concretos, del interés general y de la defensa de la legalidad en cada proceso constitucional particular”. Entrevista realizada al Doctor Peter HABERLE: “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal constitucional”, in *Pensamiento constitucional*, Año VIII N. 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial Lima, 2002, p. 23-59.

ocasiones: en los procesos europeos de control incidental de constitucionalidad, esto es, cuando la Corte Constitucional resuelve con efectos generales la cuestión de constitucionalidad formulada por un juez de otra jurisdicción para determinar la aplicación de una ley que se estima inconstitucional en un caso concreto, en las formas atípicas que puede adquirir el procedimiento constitucional como resultado de una práctica jurisprudencial y en los procesos de amparo directo o recurso constitucional individual contra las leyes inconstitucionales para proteger los derechos fundamentales.

Parece imposible imaginar un proceso de control abstracto de constitucionalidad de la ley con efectos generales que a su vez permita amparar al individuo en el caso concreto. Hans Kelsen decía en su estudio comparado sobre el control concentrado europeo y difuso americano de constitucionalidad, que las acciones populares instauradas en los procesos de control abstracto de constitucionalidad con efectos generales, en los cuales se analiza la validez y la conformidad de las leyes inferiores a la Constitución, traían consigo la congestión judicial y la protección de todo tipo de intereses particulares. Pues bien, aunque parezca extraño o ilógico, esta solución mixta que combina análisis del caso concreto y control de constitucionalidad de leyes generales, es a nuestro juicio, a diferencia de lo que pensaba Kelsen, la fórmula que puede permitir hoy en día la solución contra la congestión judicial.

Bélgica es un sistema jurídico que contempla en la Constitución la figura procesal del recurso en anulación de particulares contra las leyes inconstitucionales y, a diferencia de otros sistemas europeos, es el único que no presenta problemas de congestión judicial.

Actualmente, desde que los derechos fundamentales se irradian con más fuerza en el ordenamiento jurídico y en diversas ramas del derecho, la labor del juez constitucional debe ser más activa. Resulta cada vez más urgente simplificar el procedimiento constitucional y proteger la situación particular del actor que es afectada por la ley inconstitucional que le ocasiona o le puede ocasionar directamente un perjuicio.

Un proceso de control abstracto puede beneficiar a todos los individuos destinatarios de la ley evitando que estos posteriormente acudan a las jurisdicciones para ser protegidos en múltiples casos concretos iniciados por recursos individuales interpuestos de manera aislada, o un recurso individual o proceso iniciado por acción de tutela podría tener el efecto de declarar una ley inconstitucional para el beneficio del actor y de todos los destinatarios de esta. En estos dos casos podemos apreciar que la protección del orden jurídico constitucional y la protección de los derechos fundamentales son dos competencias de la Corte Constitucional igualmente importantes. Estas competencias pueden subsistir en un solo procedimiento.

A. La idea de un proceso mixto iniciado por acción de tutela con elementos del control abstracto de constitucionalidad

La acción de tutela colombiana tiene una connotación mixta con un doble efecto, como sucede en los recursos individuales europeos y latinoamericanos para la protección de los derechos fundamentales.

Existe una connotación o función subjetiva para amparar al afectado en cada caso concreto y todo juez está en capacidad de aplicar medidas preventivas o correctivas típicas o atípicas, tendientes a restablecer los derechos vulnerados o a prevenir la violación de los mismos.

Con una aplicación reiterada de líneas jurisprudenciales, se ha asegurado conservar los mismos razonamientos para solucionar los casos concretos individuales de manera similar y evitar la inseguridad jurídica.

En la tutela colombiana, a pesar de que se ha resaltado poco, existe al igual que en otros ordenamientos, un efecto objetivo que garantiza la protección, la preservación y el perfeccionamiento del derecho constitucional. Este efecto es general y va más allá del caso concreto. Al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional americana o alemana⁴, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana puede cumplir funciones pedagógicas importantes con efectos generales.

La interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales, asegurada por la Corte Constitucional es obligatoria en los términos del Artículo 241 de la Carta Política y esta puede tener efectos generales más allá de los casos concretos cuando el proceso se inicia por acción de tutela. Este efecto objetivo debe afianzarse en el procedimiento y reconocerse, como se ha reconocido, su esencial presencia en el control abstracto de constitucionalidad.

⁴ La Corte Constitucional alemana ha reconocido el efecto general de educación de los recursos individuales o función objetiva cuyas finalidades son: asegurar el efecto general de la interpretación de la Corte Constitucional, así como su carácter vinculante para todos los operadores jurídicos. Dicha función permite perfeccionar el Derecho Constitucional, asegurar la interpretación uniforme y la protección de principios constitucionales, trascendiendo el ámbito del litigio. En los recursos individuales belga y alemán no sólo se ampara el derecho subjetivo sino que se asegura la corrección del ordenamiento jurídico inconstitucional. *“Die Funktion der Verfassungsbeschwerde erschöpft sich nicht im individuellen Grundrechtsschutz, sie hat auch die Funktion das objektive Verfassungsrecht zu wahren und seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen... Insoweit kann die Verfassungsbeschwerde zugleich als spezifisches Rechtsschutzmittel des objektiven Verfassungsrechts bezeichnet werden”*. BverfGE 33, 247 (258).

“La función del recurso individual constitucional no se agota en la protección de los derechos individuales, ella tiene igualmente la función de preservar el Derecho constitucional objetivo y de servir a su interpretación y perfeccionamiento. En este sentido se puede reconocer la queja individual constitucional Verfassungsbeschwerde, como medio específico de protección de los derechos subjetivos, al igual que de los derechos constitucionales objetivos”. Voir aussi BverfGE 33? 247 (258), 45, 63 (74), 81, 278 (290). Ver Albrecht WEBER: “La jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, N. 7, 2003. p. 495-538.

Para asegurar con resultados más eficaces la fuerza vinculante de la decisión proferida en los procesos iniciados por acción de tutela, falta regular constitucionalmente que la Corte Constitucional debe realizar en el mismo proceso un control de constitucionalidad con efectos generales. Esto sólo puede tener lugar cuando la causa original de la violación de un derecho fundamental es una norma de orden legal. De esta manera, la tutela colombiana no sólo sería un mecanismo para proteger los derechos de cada persona en cada caso concreto, sino un procedimiento que asegure la corrección del ordenamiento jurídico positivo.

Si la Corte Constitucional realiza el control de constitucionalidad de una ley que afecta de manera inmediata y directa un determinado derecho fundamental, no sólo se beneficia el tutelante sino todos los destinatarios de la ley que son igualmente afectados y que más adelante acudirán en forma masiva a la tutela, provocando con ello, la congestión de los despachos judiciales.

Podría pensarse entonces en un proceso, en el cual el individuo pruebe para acceder a la jurisdicción, un interés para actuar y un perjuicio o riesgo cierto de perjuicio causado por la ley en sus intereses legítimos reconocidos en la ley positiva o derechos fundamentales.

Este esquema mixto⁵ del proceso para proteger derechos fundamentales existe en varios países europeos como Bélgica y Alemania, y tiene aplicación por parte de la Corte Constitucional respectiva, cuando los individuos son afectados por las leyes inconstitucionales, sin que exista un proceso judicial, como ocurre en la excepción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en Colombia persiste el deseo ferviente de mantener una acción de tutela para cada caso concreto, sin efectos generales y sin la posibilidad de controlar leyes o actos administrativos inconstitucionales como rasgo diferencial de los recursos individuales o de algunos procesos de amparo en determinados países. Si se insiste en mantener la característica original de la tutela, para dar

⁵ Para este interesante tema se pueden consultar los siguientes artículos: Lucio PEROGARO: "La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No 6, 2002, p. 393-416. Constance GREWE: "A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe: L'enchevêtrement des contentieux et des procédures", in *Les droits individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pages 255-266. Mauro CAPPELLETTI: *Le pouvoir des juges*, traduction de René DAVID, préface de Louis FAVOREU, Collection Droit Public Positif. Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, page 181. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: "La faillite de la bipolarité « modèle américain-modèle européen » en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative", in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public, DALLOZ, 2004, page 1086. Albrecht WEBER: "Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences", in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XIX, 2003, Economica, page 29 et ss. Natalia BERNAL CANO: "Análisis crítico de la separación estricta de los modelos de justicia constitucional en Francia y en Alemania para la protección de los derechos fundamentales", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, No 9, Editorial Porrúa, 2008.

solución a los problemas jurídicos planteados, podríamos pensar alternativamente en transformar la concepción jurisprudencial mayoritaria del control abstracto de constitucionalidad.

B. La idea de un proceso mixto de control de constitucionalidad de los efectos de aplicación de las leyes

La presente forma de justicia constitucional existe en Colombia, cuando en determinados casos aislados, la Corte Constitucional ha declarado el efecto retroactivo de sus sentencias y ha restablecido como consecuencia de ello, la situación jurídica de los individuos, afectada por la aplicación de leyes inconstitucionales.

Al respecto vale la pena recordar las sentencias que restablecen derechos patrimoniales a los contribuyentes, la sentencia que ordena reconocer los derechos pensionales a las viudas beneficiarias de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge fallecido cuando estas han conformado una unión de hecho o contraído segundas nupcias, o la sentencia que tiene efectos directos en la situación patrimonial de los deudores del sistema UPAC. Estos avances fundamentales, especialmente presentes en materia tributaria, han permitido el restablecimiento de los derechos individuales como efecto adicional al control abstracto de constitucionalidad⁶.

Para que la práctica jurisprudencial se generalice con más éxito y adquiera un fortalecido efecto vinculante en todos los casos similares, faltaría regular constitucionalmente el efecto subjetivo del procedimiento. Este efecto existe cuando la Corte Constitucional procede a examinar datos empíricos, hechos reales afectados por las leyes o situaciones individuales y concretas afectadas por estas.

En esta hipótesis, convendría que el proceso se inicie por otro mecanismo distinto a la acción pública de inconstitucionalidad, porque esta en varios casos permite que el proceso de control abstracto cambie su naturaleza estrictamente objetiva.

Convendría entonces que el procedimiento de control abstracto de constitucionalidad no sea exclusivamente destinado a controlar normas jurídicas sino a proteger los derechos fundamentales de todo individuo afectados por los efectos nocivos de leyes inconstitucionales.

Al iniciar el proceso, el recurrente debería entonces en esta hipótesis, como sucede en los sistemas mencionados, interponer un recurso individual contra la

⁶ Ver por ejemplo las sentencias C-1489 de 2000 y C-309 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana. En estas ocasiones no sólo se analiza la constitucionalidad de la ley cuestionada. Particularmente en las sentencias C-149 de 1993 y C-309 de 1996, la Corte Constitucional protege directamente al actor y a los demás afectados contra los efectos inconstitucionales de la ley.

ley y justificar un interés para actuar con el fin de que pueda acceder a la Corte Constitucional sin que esta se inhiba o se abstenga de decidir de fondo o de proferir una sentencia.

Actualmente los procesos constitucionales en Colombia alteran su fisonomía y adquieren a nivel jurisprudencial una connotación o naturaleza mixta. La tutela va adquiriendo cada vez efectos más generales o más allá de los casos concretos, especialmente cuando se declara un “Estado de cosas inconstitucionales”, “efectos *inter pares*” o “efectos *inter comunis*” y el control abstracto adquiere elementos concretos cuando se protegen excepcionalmente situaciones concretas afectadas por las leyes. Estas formas atípicas de los procedimientos bien pueden seguir manteniéndose sin que se fortalezca aún más la eficacia de la protección de los derechos fundamentales, sin que se solucionen las contradicciones entre las Cortes o sin que se evite la congestión judicial o bien, pueden ser en sí mismas el preámbulo de un nuevo modelo de justicia constitucional entre la concepción abstracta y la concepción concreta, como ha sucedido igualmente en Europa y en Estados Unidos.

II. ARGUMENTOS EN FAVOR DE UNA NUEVA FORMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Cuando los procesos constitucionales que protegen la Constitución y los derechos fundamentales se acercan cada vez más sin seguir estrictamente separados, se fortalece la protección de los derechos fundamentales y aparece una nueva forma de justicia constitucional de naturaleza mixta o atípica.

Para el caso colombiano, puede aparecer un recurso directo contra leyes inconstitucionales como resultado de la unión de ciertos elementos provenientes del control abstracto y del proceso iniciado por acción de tutela.

A. Un proceso simplificado que evita las discrepancias entre los jueces

Resultan ilógicas las discusiones entre los jueces de diferentes jurisdicciones, cuando se pretende desconocer el tenor del Artículo 241 de la Constitución, el cual resalta la autoridad de las decisiones de la Corte Constitucional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en los términos del Artículo 230 de la Constitución, los jueces son libres y autónomos en sus providencias y sólo están sujetos al imperio de la ley. ¿Cómo conciliar estos artículos aparentemente opuestos, los cuales generan choques entre las jurisdicciones?

Las dificultades aparecen cuando se insiste en mantener exclusivamente una naturaleza concreta en el proceso de tutela sin que se insista en la importancia radical del efecto objetivo. Sin duda, la regulación constitucional de este efecto

fortalecería aún más la eficacia de la protección de los derechos fundamentales, evitaría los choques entre las jurisdicciones y la congestión judicial causada por múltiples asuntos individuales.

Las dificultades aparecen igualmente cuando se insiste en mantener exclusivamente una naturaleza abstracta y totalmente objetiva del control de constitucionalidad con efectos generales o *erga omnes*. En el evento en que se frustra el control y se rechazan acciones o demandas de inconstitucionalidad en las cuales el actor o demandante manifiesta que una ley lo ha perjudicado directamente o ha perjudicado a sus destinatarios, ¿cómo se protegen los derechos fundamentales? ¿Cómo se verifica si la ley en cuestión es ajustada a la Constitución? Dicha ley, al no ser controlada por la Corte Constitucional en el proceso de control abstracto, puede ser interpretada por jueces de otras jurisdicciones, los cuales no pueden declarar la inconstitucionalidad con efectos generales y al momento de aplicarla pondrían en peligro los derechos fundamentales.

Conviene reconocer a todos los jueces una autonomía y un poder creador razonable, limitado por la Constitución, las leyes ajustadas a esta y por las decisiones de la Corte Constitucional que examinan la constitucionalidad de las leyes con efectos generales.

En los procesos iniciados por acción de tutela, todo juez debe respetar igualmente la interpretación asegurada por la Corte Constitucional en los asuntos estrictamente constitucionales, sin violar con su interpretación libre, en los asuntos de su privativa competencia, los derechos fundamentales o el sentido original y auténtico de las disposiciones constitucionales. Así mismo, en los asuntos o competencias exclusivas de otros jueces, no puede intervenir la Corte Constitucional. La jurisprudencia constitucional bien ha reconocido el derecho viviente o la interpretación jurídica de otros jueces, siempre y cuando esta se ajuste a la Constitución.

En Colombia conviene regular a nivel constitucional, que la Corte Constitucional profiere decisiones con efectos obligatorios en los asuntos estrictamente relacionados con su competencia, las cuales se imponen con efectos generales a los poderes públicos y falta regular que la interpretación de los jueces ordinarios o de otras jurisdicciones, incluyendo las altas Cortes, es libre, respetable, soberana y autónoma en los asuntos de su competencia, mientras se ajuste a la Constitución y no desconozca los derechos fundamentales. Estos elementos aún ausentes en nuestra regulación, conforman en el ordenamiento constitucional alemán, el “‘Principio de subsidiariedad’, la división de competencias o de trabajo entre las jurisdicciones”.

Conviene sin embargo agregar, que para fortalecer la protección de un derecho fundamental, todo juez podría legítimamente en uso de su poder creador, apartarse de un determinado precedente o línea jurisprudencial y aplicar preferentemente

al caso que se analiza la sentencia de la Corte Constitucional o la solución más pertinente, cuando resulte ilógico o inequitativo fallar como se fallaba de una determinada manera⁷.

B. Un proceso que evita la congestión judicial

La solución de un proceso constitucional mixto, llámese, acción de tutela, recurso constitucional individual contra la ley inconstitucional o control de constitucionalidad con efectos generales o *erga omnes* evita la congestión judicial.

En efecto, la interpretación asegurada por la Corte Constitucional tendría indiscutiblemente efectos generales, la interpretación de otros jueces se realizaría conforme a la Constitución, al momento de aplicar las leyes, los jueces y funcionarios públicos violarían con menor frecuencia los derechos fundamentales. De igual manera, el control de constitucionalidad de la Corte Constitucional evitaría la saturación de expedientes de tutela en los despachos judiciales, originada cuando la ley inconstitucional o con defectos intrínsecos, formales o materiales, se concretiza o se aplica finalmente en múltiples casos concretos a través de sentencias judiciales o actos administrativos que violan la Constitución.

¿Cómo pueden violarse los derechos fundamentales?

Cuando un funcionario público viola por acción u omisión los derechos fundamentales, puede haberlo hecho porque se aparta de la legislación Constitucional, porque aplica la ley indebidamente, violando con ello la Constitución o porque interpreta la ley obscura o la Constitución de manera indebida.

⁷ Elizabeth ZOLER: “Les revirements de jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis”, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, No 20, 2006, page 104 et ss. La misma autora explica que “en un sistema de «common law», donde la legitimidad del juez depende de la continuidad de su jurisprudencia y no del apego judicial al texto legal, es necesaria una buena razón para apartarse de una regla judicial: Como lo ha dicho la Corte Suprema en 1984, es necesario una justificación especial o en 1989 se manifestó un cambio posterior de circunstancias (Subsequent changes) o un desarrollo del derecho (development of law)”. Nuestra traducción.

En el caso *Payne v. Tennessee*, la Corte Suprema de Estados Unidos hizo referencia a “precedentes inaplicables” (Unworkable) o mal fundador (Badly reasoned). La Corte Suprema no duda en cambiar una decisión precedente si a ella le parece errónea. Para evaluar un cambio en la jurisprudencia en el sistema americano es necesario tener en cuenta: 1) Confianza en los individuos por medio de grados de beneficios que la transformación jurisprudencial ofrezca. 2) Probar que la regla que se pretende cambiar ha sido relegada por otros principios jurídicos conexos más progresivos. De esta manera, el precedente se convertiría en un vestigio o en una regla abandonada. 3) Evaluar un cambio de hechos o circunstancias que acompañan la decisión judicial y hacen de esta una medida ineficaz para situaciones especialmente caóticas. Para determinar los efectos de la jurisprudencia es necesario examinar: 1) Propósito de regla nueva. 2) Confianza de las autoridades en la regla antigua. 3) Consecuencias de la aplicación de la ley en la administración de justicia. Ver referencia *Ibidem*. Para mayor profundidad en la definición del sistema Americano de precedentes judiciales, ver las siguientes fuentes: sous la direction de Elizabeth Zoller, “*Marbury v. Madison: 1803-2003*”. “Un dialogue franco-américain”. Dalloz, 2003. Actes du colloque organisé les 28 février et 1^{er} mars 2003 par le Centre de droit américain de l’Université Panthéon-Assas Paris II. Voir aussi Jeffrey A. SEGAL, Harold J. SPAETH, Sara C. BENESH: *The Supreme Court in the American Legal System*, Cambridge University Press, 2005. Ver también Duncan FAIRGRIEVE, Horatia MUIR WATT: “Commun Law et tradition civiliste”, *Puf. Droit et justice*, 2006. La profesora Elizabeth ZOLER es Directora del Centro de Derecho Americano de la Universidad Panthéon-Assas Paris II.

Muchas veces ocurre, que el funcionario viola los derechos fundamentales porque aplica correctamente leyes que son vigentes pero manifiestamente inconstitucionales, sea porque el control constitucional se frustra, porque la Corte Constitucional se inhibe o porque las leyes inconstitucionales no se demandan.

Otras veces, el funcionario en las situaciones de hecho, se aparta totalmente del ordenamiento jurídico y comete una vía de hecho. Otras veces, el particular abusa de su autoridad respecto a la víctima que se encuentra en situación de debilidad manifiesta. En estos últimos casos, procede la acción de tutela y la causa de la violación de un derecho fundamental no es la ley inconstitucional que causa un perjuicio.

La mayoría de las veces, se interponen las tutelas porque las leyes inconstitucionales se aplican afectando los derechos en casos concretos o porque las leyes conformes a la Constitución se interpretan y se aplican indebidamente. Al respecto nos preguntamos si se ha realizado un adecuado control de constitucionalidad. En esta labor, lo importante no es sólo manifestar que la ley examinada se ajusta o no a la Constitución sino explicar cómo se debe interpretar de manera adecuada. De esta manera, buscando el perfeccionamiento legislativo y la corrección del ordenamiento jurídico, se evitaría la congestión de los despachos judiciales a los cuales, miles de afectados han acudido instaurando la acción de tutela.

En conclusión, la protección de los derechos fundamentales puede ser aún más eficaz en Colombia si las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional, advierten que las leyes relacionadas con la violación de los derechos y aplicables al caso concreto, son inconstitucionales. De esta manera, se asegura la erradicación definitiva de la imperfección legislativa que puede posteriormente agobiar a todos aquellos que resulten afectados en múltiples situaciones particulares análogas.

Los problemas de congestión judicial y las discrepancias entre los jueces se resuelven en el seno de un proceso simplificado donde convergen dos funciones equivalentes o igualmente relevantes de la Corte Constitucional: la protección de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales. De esta manera se asegura el llamado “*procès équitable*” o un debido proceso que beneficia y protege los intereses legítimos de los individuos reconocidos en normas constitucionales contra las imperfecciones del ordenamiento jurídico positivo.