

NECESIDAD E IMPORTANCIA DE LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL⁵⁶

Necessity and importance of a constitutional procedural codification

Eduardo Andrés Velandia Canosa⁵⁷

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2018

SUMARIO: 1. *Introducción*; 2. *Las codificaciones procesales*; 2.1 *Ordenamiento procesal sancionador*; 2.2 *Código general del proceso*; 2.2.1 *Antecedentes del Código General del Proceso*; 2.3 *Código Procesal Constitucional*; 2.3.1 *Argumentos a favor de la codificación procesal constitucional*; 2.3.2 *Argumentos en contra de la codificación procesal constitucional*; 2.3.3 *Nuestra posición*; 3. *Estructura de un código procesal constitucional*; 3.1 *Principios rectores*; 3.2 *Jurisdicción constitucional*; 3.2.1 *Competencia de la jurisdicción constitucional por la naturaleza del asunto*; 3.2.1.1 *Control abstracto de constitucionalidad*; 3.2.1.2 *Control incidental de constitucionalidad, como excepción de inconstitucionalidad*; 3.2.1.3 *Control concreto de constitucionalidad*; 3.2.2 *Competencia funcional*; 3.2.2.1 *En el control orgánico de constitucionalidad*; 3.3 *Procesos Constitucionales*; 3.4 *Actos y actuaciones procesales*; 5. *Bibliografía*.

⁵⁶ El presente capítulo de libro, hace parte del proyecto de investigación de la Universidad Libre, denominado “*sentencias de unificación y extensión de fallos*”, grupo de investigación en derecho privado y procesal, número 11010120, del cual es integrante el autor.

⁵⁷ Coordinador y profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Libre (Bogotá), investigador adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Privado del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre; profesor del Master en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Bolonia (Italia), de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Libre (Cali, Colombia) y de la UEES (Guayaquil, Ecuador), de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina) y de la maestría en derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia); profesor de la Especialización en Derecho Constitucional de la UBA (Argentina) y de la Especialización en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia); profesor visitante de la Universidad de Bolonia (Italia). Presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; ex presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; miembro de las asociaciones Argentina de Derecho Constitucional, Argentina de Derecho Procesal Constitucional, Brasileña de Derecho Procesal Constitucional y Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; <https://orcid.org/0000-0003-0259-7579> E-mail: eduardoandresvelandiacanosa@acdpc.co

COMO SE CITA ESTE ARTÍCULO (APA 6)

Velandia Canosa, Eduardo Andrés (2018). Necesidad e importancia de la codificación Procesal Constitucional. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Vol. X, N°. 20, pág.67-94

RESUMEN

Reflexionar sobre la necesidad de expedir un código procesal constitucional no obedece a un capricho o necesidad, sino más bien a la imperiosa necesidad de: (i) asegurar legislativamente la garantía jurisdiccional de la Constitución; (ii) unificar los contenidos del derecho procesal constitucional (se obtiene orden, claridad y coherencia en la legislación procesal constitucional); (iii) dar eficacia a la supremacía constitucional y a los derechos humanos; y, (iv) dotar a la justicia constitucional de seguridad jurídica.

Palabras Claves

Procesal constitucional, código procesal constitucional, supremacía constitucional, derechos humanos.

ABSTRACT

Reflecting about the necessity of adopting a constitutional jurisdictional proceeding code is not a whim nor a foolishness, instead it is a compelling need in order to: (i) ensure by a legislative measure a jurisdictional safeguard of the Constitution; (ii) unify the contents of constitutional jurisdictional proceeding law (to gain clarity and coherence in constitutional jurisdictional proceeding statutes); (iii) make constitutional supremacy and human rights to become more effective; (iv) guarantee law certainty to constitutional justice.

Key Words

Constitutional procedure, constitutional procedural code, constitutional supremacy, human rights.

1. INTRODUCCIÓN

Las constituciones de nuestra época tienen características comunes, ya que consagraron instrumentos o garantías que permitan asegurar que el ordenamiento jurídico infra constitucional refleje el “linaje” constitucional, es decir, permiten expulsar del ordenamiento jurídico (o adaptarlo) aquellas disposiciones que atenten contra la sangre sagrada de la Constitución, o dicho de otra manera, permiten expulsar o declarar inexecutable las disposiciones inconstitucionales; pero adicionalmente han creado mecanismos procesales que permiten la efectividad de los derechos humanos consagrados en la Constitución a título de protección o de reparación.

Pues bien, pensar en incorporar un código procesal constitucional, no corresponde a una tarea quijotesca, como quiera que las constituciones iberoamericanas tienen desde el punto de vista procesal estructuras similares; claro, no se pretende imponer un único código para todos los países, pero si su intento de redacción, nos permitirá avanzar en un verdadero estudio de derecho procesal constitucional comparado, que nos permita identificar las identidades y diferencias de nuestros sistemas jurídicos y así avanzar en la implementación, corrección o modificación de los instrumentos encaminados a defender la Constitución.

Consideramos que el aspecto procesal de una Constitución, es decir, los procesos que permitan imponer que el ordenamiento jurídico sea constitucional, así como los que obliguen a la eficacia de los derechos humanos, es lo que nos permita hablar de una verdadera Constitución y no de un “mera hoja de papel”. Es lo que hace que un país tenga Constitución. (Asamblea Nacional Constituyente Francesa, 1789)

Debemos advertir como expresa Belaunde que no se trata del primer intento de redacción de un código procesal constitucional, toda vez que ya se expidió uno en la provincia de Tucumán en Argentina en 1999, por iniciativa del profesor Sergio Díaz Ricci (como se cita en Manili, 2010), a quien debemos considerar como el precursor de las codificaciones procesales constitucionales, y otro en Perú, expedido mediante la ley 28237 de 2004. En Colombia existen leyes y decretos reglamentando los procesos constitucionales. Igualmente, debemos recalcar que se trata de uno de los desafíos de esta disciplina, para su consolidación definitiva, tal como se concluyó en el primer congreso colombiano de derecho procesal constitucional realizado en Bogotá en 2010 (Velandia, 2010), tendencia que también se evidencia en México, por iniciativa del profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Mac-Gregor, 2008).

Por ello resulta imprescindible realizar un breve análisis sobre las codificaciones procesales, con el fin de identificarlas, determinar su objeto, necesidad y antecedentes en experiencias similares, lo que impone adicionalmente, verificar los argumentos a favor y en contra de esta regulación, luego analizar la estructura que deberá seguir tal código y desarrollar las normas rectoras.

2. LAS CODIFICACIONES PROCESALES

Lo primero que debe quedar claro, es que cualquier ordenamiento procesal debe ser positivo, debido al carácter garantista que exige la Constitución Política y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por cada Estado sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, como quiera que esta debe regularse previamente al conflicto que se quiere solucionar. Es imposible imaginarnos un proceso sin reglas claras y previamente determinada por el legislador, eso sería todo un caos, que conduciría a una inseguridad judicial y posiblemente a arbitrariedades o manipulación de auto tutela.

Cualquiera que sea el ordenamiento procesal, debe precisarse que su objeto es buscar la efectividad de los derechos reconocidos en el ordenamiento sustancial, cuando no tienen una aplicación automática. En efecto, un código de procedimiento civil debe consagrar los instrumentos, garantías o procesos que permitan aplicar los derechos consagrados en el código civil, cuando no son eficaces de manera automática en la práctica y así en el derecho laboral, penal, administrativo, etc. Un código procesal constitucional tiene una finalidad similar: reglamentar los procesos circunscritos a la defensa de la Constitución, cuando ello no ocurre automáticamente; por ello debe consagrar procesos que permitan i) excluir del ordenamiento jurídico normas contrarias a la Constitución, ii) frente al incumplimiento de la Constitución por omisión legislativa o reglamentaria, exhortar al órgano negligente a cumplir con el mandato constitucional, iii) ordenar en casos concretos la efectividad de los derechos humanos, y, iv) regular el acceso al sistema universal o regional de derechos humanos (derecho procesal constitucional transnacional), así como su Cumplimiento. Por ello los ordenamientos procesales deben consagrarse en códigos, sin embargo, la problemática que se presenta está en la posibilidad de establecerlos, a tal punto que sean únicamente los necesarios y no se dejen por fuera algunas de las temáticas propias de un código procesal.

En el caso colombiano adolecemos de los dos defectos, toda vez que tenemos demasiados códigos por una parte, y por la otra hemos dejado sin código a la judicialización de la política y a la protección de los derechos humanos. En efecto, tenemos código de procedimiento penal, civil, laboral, contencioso administrativo y mediante decreto se ha creado un procedimiento agrario (Decreto 2303 de 1989), y no tenemos código procesal constitucional.

En este orden de ideas, se considera que los ordenamientos procesales deben ser tres, cuyas temáticas y actividad judicial son diferentes, lo que ameritan reglamentaciones autónomas, a pesar de la tendencia unificadora de todo el derecho procesal (Hernández, 2009). Los tres tipos de ordenamiento jurídico-procesal que deben coexistir son los códigos de procedimiento:

1. sancionatorio: penal y disciplinario;

2. uno que regule los litigios sobre derechos de origen legal, cuya decisión interesa únicamente a las partes en conflicto; y,
3. Constitucional.

No hemos llegado a un consenso sobre la codificación procesal en general, toda vez que existen diversos enfrentamientos sobre su dogmática. En efecto, en el campo sancionatorio no se ha llegado a una unificación, por lo que se tienen códigos de procedimiento penal y de procedimiento disciplinario. No existe discusión sobre aquel, siguiendo hoy una tendencia acusatoria, pero aún no hay acuerdo sobre la regulación de un único código procesal sancionatorio, que comprenda todos los procesos que concluyen con una sanción (penal y disciplinario).

Igualmente, se discute si los procesos encargados de resolver los conflictos sobre derechos de rango legal, como el civil, laboral, comercial, agrario, familia, administrativo, etc., deben consagrarse en un solo código (denominado, siguiendo la tendencia uruguaya, código general del proceso) o si deben redactarse códigos individuales por materia y, que decir sobre el código procesal constitucional, donde incluso se niega por algunos su existencia.

2.1 Ordenamiento procesal sancionador

No hay duda sobre la existencia de un ordenamiento procesal penal (aunque se cree, deberá también contemplar el proceso disciplinario), tan así, que desde 1967, en la IV Jornada Iberoamericana de Derecho Procesal realizada en Caracas y Valencia en la república de Venezuela (Gelsi, 2009), se dispuso por iniciativa del maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo (Vescovi, 1996), en su condición de Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, preparar un “Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica”, tarea encomendada a los profesores argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo (Vescovi, 1986, p.10-14), cuyas bases serían discutidas en la V Jornada de Derecho Procesal, que se realizó en Bogotá y Cartagena de Indias en 1970.

Luego de la muerte del profesor Vélez Mariconde, se incluyeron en la comisión a los profesores Víctor Fairén Guillén de España, a los colombianos Bernardo Gaitán Mahecha y Jaime Bernal Cuellar, a la brasileña Ada Pellegrini Grinover y a los argentinos Julio Mayer y Fernando de la Rúa, aprobándose finalmente el proyecto en la XI Jornada de Derecho Procesal, realizada en Miranda (Venezuela) en 1988. (Vescovi, 1996).

No examinaremos el ordenamiento procesal penal, por no tener discusión su existencia, ni ser el objeto de nuestra investigación.

2.2 Código general del proceso

Se considera que resulta esencial para controlar la mora judicial e incrementar la eficiencia de un sistema judicial, la unificación en la legislación procesal encargada de solucionar los conflictos sobre derechos no penales ni sancionatorios de origen legal, implementando un código general del proceso, dentro del cual se elimine el excesivo rigorismo formal.

En efecto, este código puede ser idéntico en la parte general y en la especial con la unificación de procedimientos, incluyéndose únicamente aquellos aspectos que ameriten (sin repetir las mismas disposiciones en diferentes códigos) la regulación de aspectos meramente especiales, pero sin olvidar que la verdadera especialidad del proceso, la da el derecho sustancial y los poderes de sus operadores.

Para este proceso, presentamos una propuesta sobre la implementación de un proceso con una etapa instructiva escrita pero ágil, una audiencia preparatoria de la etapa del juicio o preliminar a la etapa del trial y una etapa del juicio, la cual debe ser estrictamente oral y concentrada.

El proceso a regular en este código, en esencia debe ser garantista de los derechos constitucionales, en especial el referido al debido proceso, por lo que en este aspecto compartimos la posición del profesor argentino Osvaldo Alfredo Gozaini, al estimar que “no hay más garantía que el proceso judicial porque será este el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la ley fundamental” (Gozaini, 2002, p.27), agregando el profesor Ferrer al interpretarlo, que “en realidad todo proceso es una garantía” (Gozaini, 2002, p.12), entendiendo por tal que en todo caso, debe garantizar los siguientes derechos:

1. **A un proceso oportuno**, donde se obtenga la sentencia de fondo en un plazo razonable, entendiéndose por tal, aquel donde se profiera la sentencia dentro de la oportunidad prevista por el legislador, o dicho de otra manera, sin dilaciones injustificadas, las cuales se presentan, cuando las decisiones no cumplen los términos que el mismo código señala.
2. **A un proceso sencillo**, entendiéndose por tal, un proceso donde las etapas sean precisas, concretas y donde no exista proliferación de procedimientos.
3. **A la jurisdicción**, es decir, a un juez o tribunal natural, que tenga el poder de “*decir el derecho que es, en el caso concreto*”.
4. **De acción**, entendido como el derecho a obtener una sentencia de fondo.
5. **A la contradicción**, es decir, donde el demandado tenga una oportunidad (término), donde pueda, entre otras cosas, oponerse de manera simple o calificada a las pretensiones presentadas por el actor.
6. **A la imparcialidad del juez**, entendiéndose por tal, la regulación de un proceso donde la ley le imponga al juez, que le brinde a las partes las mismas oportunidades y ayudas para

practicar, asegurar y descubrir las pruebas, sin que pueda parcializarse, ni siquiera a favor de la parte más débil (si las partes no estén capacitadas, no es problema de la ley procesal, ni del juez, ya que la negligencia o impericia profesional, debe generar responsabilidades patrimoniales, que deberán ser objeto de solución por los colegios de abogados, tal como se explicó, pero no ser la excusa para proferir fallos torticeros o acomodados).

7. **A la prueba**, es decir, donde se pueda anunciar, practicar, recaudar, descubrir (presentar o exhibir), contradecir y valorar los hechos legal, oportuna y públicamente allegados al proceso.
8. **A la impugnación**, o a interponer recursos en las decisiones que afecten a alguna de las partes.
9. **A la ejecución**, donde pueda el beneficiado con la sentencia declarativa, hacerla cumplir de inmediato.

En conclusión, un proceso judicial garantista, siguiendo a Gozáni (quien no comparte mucho esta tesis), es aquel que:

Se basa y argumenta desde la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del “debido proceso adjetivo”, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes, en igualdad de condición y de oportunidades, frente a un tercero (independiente) e imparcial (que no ayuda ni beneficia a ninguna de las partes) que resuelve la controversia.

“Este juez que dirige el debate dialéctico entre las partes debe garantizar permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción, porque esa es la base del sistema (alguien que pide ante otro que consiente, acepta o discrepa, y frente a alguien que decide).

“El proceso es un problema entre partes, y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante jueces o tribunales, se rige por el principio dispositivo, según el cual, *nemo iudex sine actore* y *neprocedat iudex ex officio*, es decir, que no hay proceso sin petición de parte, y no puede el juez promover él mismo un conflicto entre partes.

“Al ser el litigio “cosa de partes” solamente estos aportan los hechos y afirman las realidades. Estas deberían ser confirmadas o verificadas y el juez resolver *secundum alegata et probata*, es decir, según lo alegado y probado por las partes (Gozaini, 2002, p.27).

Lo expresado sigue vigente y no tiene discusión, tal vez lo que debemos agregar, es que debe existir un juez que controle las garantías constitucionales y que preste a las partes colaboración como instructor, en la labor propia de las etapas de producción y conservación de la prueba que ha de descubrirse en la etapa del juicio. Lo que no entendemos, es como llega a la siguiente conclusión, para desprestigiar el garantismo:

“La prueba de las partes se convierte en una suerte de juego de persuasiones, porque hay que convencer al juez de la razón, antes que demostrarle la verdad auténtica de las realidades” (Gozaini, 2002, p.67).

Nunca dentro del proceso garantista, que en nuestro concepto debe ser acusatorio, adversarial o dispositivo, la prueba es ni será “una suerte de juegos”, ya que el objeto del proceso son los hechos, los cuales deben llevar las partes al proceso acudiendo a los medios probatorios y el juez debe fallar con base en ellos (Ley 1564, 2012, art. 174) y no en las persuasiones o afirmaciones de las partes (Sentis, 1978), por lo cual no es cierto que primen las elucubraciones de las partes sobre los hechos demostrados (Rocha, 1990), por el contrario:

Habitualmente, en el fondo de las concepciones que, en los distintos ordenamientos, se refieren a la prueba judicial está la idea de que en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no y que las pruebas sirven precisamente para resolver este problema, nunca las persuasiones. (Taruffo, 2005, p.21).

Por fortuna nuestro legislador ha contemplado esta directriz en el artículo 1º de la ley 1285 de 2009, que reformó el artículo 4º de la ley 270 de 1996, al decir:

Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada 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.

Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos.

Como puede evidenciarse, esta estructura normativa y procesal, puede ser aplicada en todos los procesos no penales (Vescovi, 1996), ya que es compatible en derecho civil, comercial, de familia, agrario, laboral y administrativo, ya que la verdadera especialidad no la brinda el derecho sustancial que ha de discutirse en cada proceso.

Y es compatible, como quiera que en todas las especialidades descritas, tenemos procesos declarativos, ejecutivo y de liquidación y no vemos por qué debe repetirse las mismas disposiciones en diferentes códigos, estableciéndose diferencias que responden más a la necesidad que a la necesidad (Villamil, 2000).

2.2.1 Antecedentes del Código General del Proceso

Como quiera que existe en todos los países iberoamericanos la misma preocupación: “el deficiente funcionamiento del Servicio de Justicia y, por lo tanto, el anhelo por idear medios que permitan su mejoramiento” (Gelsi, 1989, p.18), consideramos pertinente analizar lo sucedido con el “Código Procesal Civil” modelo para Iberoamérica y con el “Código General del Proceso”, implementado en Uruguay.

La crisis de nuestra justicia civil, proviene de las instituciones procesales españolas, que al decir de Couture, se encontraban atrasadas en dos siglos, toda vez que el sistema español adoptó el proceso común o romano-canónico, caracterizado por ser escrito, burocrático, secreto y lento (Gelsi, 1989), por ello don Niceto Alcalá Zamora y Castillo enseñaba, que en España la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, junto a su reforma de 1881, provenía del viejo sistema medieval.

Existió un proyecto que modernizaba el sistema español y lo ponía a la altura del entonces sistema más avanzado, el francés, pero lamentablemente fue rechazado por el sector conservador de jueces y abogados y en su lugar se aprobó en 1855 la citada ley de Enjuiciamiento Civil. El proyecto de Código de Procedimiento se elaboró por el Marqués de Gerona, donde se introducía el proceso oral o por audiencias (Prieto, 1953).

Podemos encontrar su antecedente en las IVs Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en Caracas y Valencia (Venezuela) (Gelsi, 1989), por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, donde se dispuso por iniciativa de su presidente, Niceto Alcalá Zamora y Castillo (Vescovi, 1996), preparar un “Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica”, cuya redacción se encomendó a los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi (Vescovi, 1986), cuyas bases serían discutidas en las V Jornadas de Derecho Procesal, que se realizaron en Bogotá y Cartagena de indias en 1970 (Mac-Gregor, 2008), siendo aprobado en las Xs Jornadas realizadas en Rio de Janeiro en 1986 (Vescovi, 1986).

El anteproyecto definitivo, en cuya redacción también colaboró el profesor Luis Torello (Uruguay), fue sometido al examen de una comisión revisora, integrada por los profesores Hernando Devis Echandía (Colombia), Alfredo Buzaid (Brasil), Lino Palacio (Argentina) y Carlos de Miguel y Alonso (España) (Gelsi, 1989).

No sobra reiterar, que a pesar de denominarse Código Procesal Civil, el mismo busca reformar el sistema no penal, es decir, el civil, comercial, laboral, agrario, de familia y contencioso administrativo (Vescovi, 1986).

Debemos resaltar, que una vez restablecido el régimen democrático, la República Oriental del Uruguay, aprobó mediante la ley 15.982 del 18 de Diciembre de 1988, por primera vez, el Código General del Proceso, producto del Anteproyecto presentado el 19 de febrero de 1987 por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo e integrad por los doctores Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Véscovi y Luis Torello, a partir del proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. (Gelsi, 1989).

A título de conclusión, debemos decir, que el Código General del Proceso, no solamente ha sido en éxito en Uruguay, sino que además tiende a la implementación de un proceso civil universal. Por Véscovi expresó: “lo primero que queremos señalar, aunque resulte reiterativo, es que el sistema del proceso civil (que significa no penal, pues incluye los procesos civiles, comerciales, contencioso administrativos, agrarios laborales, de familia, etc.) en Uruguay se rigen, a partir de noviembre de 1989, por el Código General del Proceso al que, a su vez, tomo el sistema del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”, agregando, “que este proceso constituye la mayor tendencia hacia el *proceso civil universal* del que habla el profesor Carlos de Miguel y Alonso de España (Carlos de Miguel y Alonso, *Hacia un proceso civil universal*, Madrid, 1991)” (Vescovi, 1996, p.104).

2.3 Código Procesal Constitucional

En principio tenemos que resaltar, que la gran conclusión del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, expuesta por el profesor peruano Aníbal Quiroga León, que se realizó en Bogotá entre el 26 y 28 de mayo de 2010, fue la necesidad de expedir un Código Procesal Constitucional Modelo para Iberoamérica, de tal manera que los legisladores, puedan tener una visión de lo que podría llegar a contener dicho sistema normativo, lo cual además lo presentamos como uno de los desafíos de esta nueva disciplina jurídica denominada derecho procesal constitucional (Velandia, 2010). Resulta imprescindible abordar desde la academia esta discusión, ante el silencio del legislador.

2.3.1 Argumentos a favor de la codificación procesal constitucional

Sobre esta parte del ordenamiento jurídico procesal, debemos resaltar los argumentos a favor que expone el profesor argentino Néstor Pedro Sagüés:

- a) **Seguridad**, para dar un tratamiento coherente a institutos procesal-constitucionalista muchas veces dispersos y no siempre armónicos, nacidos en distintas épocas y desenvueltos quizá al azar, a borbotones, con tribunales de factura diversa y en etapas ideológicas a veces contra puestas.
- b) **Perfeccionamiento y eficacia**, ya que la codificación es un buen momento, por ejemplo, para mejorar el arsenal normativo existente, actualizarlo, eliminar dispositivos incorrectos,

incorporar a otros que faltaban, cubrir los vacíos lagunosos y disipar ambigüedades, tarea que implica una contribución progresiva en términos de claridad jurídica.

c) **Robustecimiento académico e ideológico, del derecho procesal constitucional**, puesto que una correcta codificación dará consistencia a esta joven disciplina y puede contribuir a mutarla en más operativa para los derechos personales emergentes de la Constitución o del derecho internacional, y más útil para dirimir las controversias constitucionales entre los órganos del Estado. En definitiva, para tornarla mucho más funcional a fin de hacer operar idóneamente a la jurisdicción constitucional de la libertad y a la jurisdicción constitucional orgánica, expresiones estas felizmente acuñadas por Héctor Fix-Zamudio y Mauro Cappelletti (negrilla fuera de texto)(Sagüés,2006, p.35).

Como se podrá fácilmente concluir, los mismos argumentos pueden trasplantarse al caso colombiano e incluso iberoamericano, amén de resaltar, que la experiencia del único país que hasta el momento ha expedido un código procesal constitucional, Perú, han sido positivas (Gozaini, 2002).

2.3.2 Argumentos en contra de la codificación procesal constitucional

No obstante la notoria claridad sobre la necesidad de la codificación, se presentan las siguientes objeciones:

- a) Que es descender al plano legal la regulación de los derechos fundamentales.
- b) El profesor Sagüés cita otros riesgos:
 - a) **la impericia**, si malos legisladores perjudican o complican los procesos constitucionales ya existentes;
 - b) **la regresión**, cuándo en vez de desenvolver y desplegar positivamente a tales institutos, se los retrotrae al pasado volviéndolos poco operativos, burocráticos y complejos cuándo no, en situaciones límites, paradójicamente castrativos;
 - c) **el conflicto**, que se presenta cuando se reavivan disputas ya superadas, o al menos aletargadas, o se introducen mecanismos o sistemas arto discutibles, provocadores de mayores debates y controversias en la comunidad forense;
 - d) **la esclerotización**, rara de evitar si el legislador, por excesivo reglamentarismo o simplemente por un deseo patológico de aherrojar la realidad, corta las alas de los operadores (en particular, de los jueces) y los encierra en una suerte de jaula regulatoria que impide el desarrollo de nuevas variables procesales o remodelación ágil de los existentes (Sagüés, 2006, p.36).

2.3.3 Nuestra posición

Consideramos sin lugar a ninguna duda, que se requiere implementar la codificación procesal constitucional, la cual permitirá definir y reglamentar los procesos necesarios y suficientes para

hacer efectivo el principio de supremacía constitucional en el derecho interno, diferenciándolos claramente de los procesos de origen constitucional, los que tiene por objeto examinar una sanción y los que pretenden la efectividad de un derecho de origen legal.

En efecto, un código procesal constitucional nos brindaría unidad de materia, lo cual a su vez consolidaría la dogmática del derecho procesal constitucional, ya que nos permitiría diferenciarlo de los demás, lo cual a su vez permitiría que se identificara con precisión la labor, límites y estructura de la jurisdicción constitucional, la cual en algunos casos pareciera ser invisible y por lo mismo inaplicable por los jueces⁵⁸.

Los procesos protectores de la supremacía constitucional son:

1. Los procesos de control orgánico de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico
 - a. El derivado de la acción de inexequibilidad.
 - b. El iniciado automáticamente (control automático de constitucionalidad previo o posterior);
 - c. El incidental (de oficio o a petición de parte)
 - d. El de inconstitucionalidad por omisión (que sería el derivado de la acción de cumplimiento constitucional).
2. Los procesos protectores de los derechos humanos
 - a. El derivado de la acción de tutela. Para la efectividad de los derechos fundamentales
 - b. El originado con la acción popular. Para la efectividad de los derechos humanos de rango colectivo (derechos humanos de tercera generación)
 - c. El que desarrolla la acción de grupo. De reparación por violación a los derechos humanos en el derecho interno.
3. El proceso que reglamente la ejecución de los fallos proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sin duda, deben ser de la jurisdicción constitucional. Igualmente deberá precisar el acceso al sistema universal y regional de derechos humanos.
4. El que resuelva los conflictos de definición de jurisdicciones o de competencias constitucionales, que para nosotros debe ser de la jurisdicción constitucional, tal como sucede en Italia⁵⁹. Permitirá precisar la competencia funcional de la jurisdicción

⁵⁸ Esto es lo que ha sucedido con el denominado “choque de trenes” o “guerra de cortes”.

⁵⁹ Esta propuesta implica que el Consejo Superior de la Judicatura, debe perder toda función jurisdiccional, ya que, al crearse la jurisdicción constitucional concentrada, tampoco conocería de acciones de tutela, proponiéndose que se convierta en una verdadera jurisdicción disciplinaria, que ameritaría abordar un estudio sobre el papel que en la actualidad cumple la Procuraduría General de la Nación y las personerías.

constitucional, impidiendo los eventuales abusos de los jueces de esta jurisdicción, siguiendo una estructura positivista derivada de nuestra tradición judicial, que determina claramente el actuar de los jueces de cada jurisdicción.

Frente a la codificación pueden seguirse dos caminos:

i) **la consolidación** (Sagüés, 2006), toda vez que el código no podrá modificar los derechos constitucionales, simplemente consolidará la normatividad existente, aglutinando las normas sobre la materia (Velandia, 2010), las amoldará entre sí, llenará los vacíos existentes. Esto se podrá efectuar mediante una ley estatutaria, toda vez que a pesar que no modificará lo existente, por referirse a derechos fundamentales, requiere una protección o garantía especial.

ii) También podrá, como lo enseña Sagüés, acudir a una nueva codificación, lo cual corresponde a una propuesta más ambiciosa, donde se analice el panorama normativo previo, pero donde se diseñarán libremente cada uno de los capítulos del código (Sagüés, 2006), propuesta que acogemos, sin desconocer los avances hasta ahora alcanzados, pero creemos que se requiere una paciente y profunda revisión.

El adoptarse cualquiera de las dos iniciativas, la misma tendrá que adoptarse en Colombia mediante ley estatutaria, como quiera que así lo exige el artículo 152 de la Constitución Política⁶⁰.

Analicemos brevemente cada una de las objeciones expuestas en contra de la codificación procesal constitucional:

Frente a la primera: no es cierto que se descienda al plano legal la regulación de los derechos fundamentales y en general los constitucionales, ya que ellos siempre estarán consagrados en la Constitución Política; esta objeción demuestra, que no se diferencia por nuestros detractores, el derecho constitucional del procesal constitucional, por ellos es que niegan la existencia de esta última disciplina.

Adicionalmente parece exponerse a espaldas de la realidad, toda vez que los procesos constitucionales si están regulados, pero en disposiciones dispersas. En efecto, se trata de regular en una sola norma los mecanismos procesales que pretenden la efectividad de la supremacía constitucional. ¿Ahora, si no pudiese reglamentarse en códigos, entonces por qué se incorporaron algunos de sus aspectos en el nuevo código contencioso administrativo colombiano?

⁶⁰ Artículo 152: "Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) **Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección**; b) Administración de justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) **Estados de excepción**. f) **Adicionado. A.L. 2/2004, art. 4º**. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley".

Frente a la segunda: por supuesto que la impericia legislativa siempre será un riesgo, pero ello no nos puede impedir mejorar lo que hoy tenemos. Ahora, deberá conformarse una comisión de los juristas más destacados, a fin de elaboren un proyecto de código que permita una amplia discusión académica ante las universidades y la judicatura. Por otra parte, este no es un problema del código, sino de las personas que lo redactarán.

Frente a la tercera: no es posible que un código nos transporte al pasado (entendiendo por tal antes de 1991), toda vez que fue la nueva Constitución la que incorporó el derecho procesal constitucional. En efecto, lo único que podremos hacer, será codificar positivamente los elementos esenciales del derecho procesal constitucional: acción, jurisdicción y debido proceso protector de la supremacía constitucional (sin desconocer que esta trilogía es aplicable en todos los sistemas procesales). En lo que si tiene razón esta objeción, es que no podrá convertirse al proceso protector de la supremacía constitucional, en una especie de proceso civil o administrativo; por el contrario, debemos consolidar los principios de procesos ágiles, sumarios, breves, pero dirigidos por el juez constitucional, no por los civiles, administrativos, penales o de familia, quienes si les pueden dar en la práctica la ideología de su convicción.

Frente a la cuarta: si el conflicto es constructivo, bien venido. Las disputas que no aceptamos, serán aquellas que pretendan imponernos, que no puede haber mecanismo procesal protector de la supremacía constitucional, ya que ello significaría retroceder al mundo de las cavernas o las que sugieran recortar las bondades de los mecanismos procesales. Por el contrario, ello permitiría construir mejores mecanismos que eviten la congestión judicial de otras jurisdicciones. Mientras no tengamos claro que necesitamos un código procesal constitucional, no tendremos claro que se requiere de una jurisdicción constitucional concentrada.

Frente a la quinta: no puede impedirse al legislador una labor que de suyo es una obligación; al contrario, si se expide un solo código, ojalá por ley estatutaria, él mismo impedirá la proliferación de normas. Esto no tiene por qué impedir al operador cumplir con el fin del derecho procesal constitucional, que no puede ser otro distinto, al de buscar la efectividad de la supremacía constitucional. Recuérdese que únicamente se trata de regular el procedimiento, pero la grandeza de las decisiones judiciales, no depende del respeto que se debe tener al debido proceso, esencia de la regulación procesal.

En conclusión, debemos decir que esta parte del ordenamiento jurídico debe reglamentar, por una parte, la judicialización de la política, y por la otra, la protección de los Derechos Humanos. En efecto, el derecho procesal constitucional tiene por objeto efectivizar judicialmente el principio de supremacía constitucional, el cual se concreta en los procesos encaminados a mantener el “*linaje*” constitucional en el ordenamiento jurídico, denominado por el maestro

Cappelletti como jurisdicción constitucional orgánica (Cappelletti, 1987) (control abstracto, debido al efecto de sus decisiones, excepto en el incidental que proponemos), y, por el otro, en los procesos encaminados a proteger los derechos humanos⁶¹ cuando sean vulnerados o amenazados, en el orden interno, o transnacional⁶² (control concreto, por el efecto inter partes de sus decisiones) (Velandia, 2010), consideramos que el tema relacionado con los instrumentos procesales relacionados con la judicialización de la política, deben estudiarse como un sector de esta disciplina.

Esta rama del derecho indudablemente ha servido para entender que los tribunales constitucionales hoy son actores políticos, como quiera que sus funciones se centran en proteger o restablecer, al decir del profesor Héctor Fix-Zamudio, “el orden constitucional desconocido o violado” (Zamudio, 2012), por las manipulaciones de los grupos dominantes⁶³, lo cual antes no sucedía.

En efecto, pertenece a la temática del derecho procesal constitucional, estudiar los instrumentos que pretenden que el ordenamiento jurídico de cada país, esté conforme con la Constitución. Y resulta imprescindible esta rama del derecho procesal en todo Estado de derecho, como quiera que la Constitución se pueda desconocer cuándo se legisla, evento en el cual el tribunal constitucional en dicho control, se comportará como un legislador negativo (Kelsen, 2009), en la medida que excluye del ordenamiento jurídico una norma inconstitucional. Empero, también se puede desconocer la Constitución por omisión, lo cual ocurre, cuando el legislador no desarrolla los cláusulas constitucionales, aun cuando lo haya ordenado el constituyente.

Por ello creemos que uno de los desafíos del derecho procesal constitucional, es crear el debido proceso que nos permita controlar la inconstitucionalidad por omisión, como un sector de la judicialización de la política, que como lo afirmamos, corresponde, al menos en este aspecto, al derecho procesal constitucional⁶⁴.

Tradicionalmente se ha entendido que cada una de las ramas del poder público tienen asignadas unas competencias constitucionales precisas, sin embargo, excepcionalmente se han atribuido

⁶¹ De primera, segunda o tercera generación. Al respecto puede consultarse a: REY CANTOR, Ernesto. *Las generaciones de los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Libre, 2009.

⁶² Nos referimos al derecho procesal constitucional transnacional, que estudia el acceso, jurisdicción y proceso establecido en el sistema Interamericano de Derechos humanos (también el europeo o africano).

⁶³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia que declaró inexecutable la ley convocatoria a un referendo reformativo de la Constitución (que buscaba la reelección presidencial).

⁶⁴ Puede consultarse: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Desafíos del derecho procesal constitucional*. En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coordinador). *“Derecho procesal constitucional. Memorias del Primer Congreso de Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, mayo 26, 27 y 28 de 2010*. Bogotá: VC Editores Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2010, pág. 33.

otras competencias, lo cual en principio no quebranta el principio de separación de poderes⁶⁵; veamos:

La *Rama Legislativa* del poder público tiene por objeto, expedir las leyes en desarrollo de los principios constitucionales, o reformar la Constitución mediante la expedición de Actos legislativo (enmiendas constitucionales), o establecer el procedimiento de reforma constitucional por el pueblo, tal como acontece con el referendo reformativo de la Constitución, así como el ejercicio del control político. Sin embargo, también es competente para juzgar penalmente a los magistrados de las altas cortes o al Presidente de la República y no por ello, puede concluirse que se ha inmiscuido en las funciones propias de la Rama Judicial.

La *Rama Ejecutiva* del poder público, en regímenes presidencialistas como el colombiano, en cabeza del Presidente de la República, está la de ser el jefe del Estado (en el orden externo) y de gobierno en el orden interno, junto con los ministerios, superintendencias y departamentos administrativos, lo cual se concreta en los actos administrativos de carácter reglamentario.

Empero, excepcionalmente cumple funciones de la Rama Legislativa, tal como acontece con la expedición de los decretos-ley, decretos-legislativos; o de la judicial, con los procesos adelantados ante la Superintendencia de Sociedades en aplicación de las leyes 222 de 1995, 550 de 1999 y 116 de 2006⁶⁶.

Por su parte, a la *Rama Judicial* del poder público, le corresponde ejerciendo jurisdicción, proferir sentencias que resuelvan un conflicto de intereses, como concreción del derecho de acción. La función jurisdiccional del Estado, se ha creado para que en ejercicio de la soberanía interna del Estado, sus destinatarios tengan que aceptar y cumplir las decisiones que tome, en ejercicio de la función pública de administración de justicia; es decir, el objeto de la administración de justicia es “*decir el derecho que es*” en un caso concreto.

Decir el derecho que es, significa que la jurisdicción como elemento esencial del derecho procesal, tiene como fin la efectividad del derecho sustancial en presencia de un conflicto de intereses. Lo explicado significa que dependiendo del conflicto, surge la necesidad de la intervención del Estado para “*decir el derecho que es*”, que por supuesto, se diferencia según la violación del derecho sustancial. Por ello algunas legislaciones como la colombiana han clasificado la jurisdicción por especialidades adjetivas al derecho sustancial. Por eso, el objeto de la jurisdicción

⁶⁵ En este tema sugerimos consultar: VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; CAPPELLETTI, Mauro. *¿Jueces legisladores?* Lima: Communitas, 2010.

⁶⁶ Aunque consideramos que, con los procesos judiciales adelantados ante la Superintendencia Bancaria, si se vulnera la Constitución que vulnera el principio de separación de poderes, por convertirse en un ejercicio permanente de la Rama Judicial y no excepcional.

ordinaria es diferente al de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y al de la jurisdicción constitucional⁶⁷.

En efecto, el objeto⁶⁸ de la jurisdicción ordinaria es solucionar los conflictos que se presentan entre los particulares⁶⁹, siendo civiles si corresponden a conflictos relacionados con los derechos reales, personales, contractuales, etc.; de familia si son sucesorales o se derivan de las relaciones entre cónyuges, padres e hijos, tutores, etc.; laborales si se originan en la relación empleador-trabajador; comerciales si surgen entre los sujetos comerciales o derivadas de los actos de comercio y penales si se ha incurrido en una conducta típica, antijurídica y culpable⁷⁰.

Por su parte la jurisdicción contencioso administrativo⁷¹, además de resolver los conflictos que se presentan entre un particular o entidad estatal y otra entidad estatal o un particular que cumplan funciones públicas, debe, según nuestro criterio, controlar la actividad de la administración pública, siempre que su actuar derive de la actividad administrativa, la cual se materializa a través de actos, hechos, operaciones, omisiones administrativas o vías de hecho⁷².

La jurisdicción constitucional tiene por objeto hacer efectivo el principio de supremacía constitucional (Gozaini, 2006), toda vez que a los tribunales constitucionales se les confía la guarda e integridad de la Constitución, lo cual se realiza mediante el control abstracto y concreto de constitucionalidad. Por ello cuando se estudia el control de constitucionalidad, se estudia la jurisdicción constitucional.

El control abstracto se caracteriza por proferir decisiones *erga omnes*, es decir, con efectos generales, ya que se refiere al control de constitucionalidad orgánico del ordenamiento jurídico,

⁶⁷ También puede analizarse el tema de las jurisdicciones especiales, tales como la indígena, la de paz o la penal militar.

⁶⁸ Siempre que hablamos de objeto, nos referimos al paradigma que identifica la respuesta a la siguiente pregunta: ¿para qué se crea la jurisdicción?

⁶⁹ Por ello consideramos que no es apropiado hablar de jurisdicción voluntaria, ya que si no estamos en presencia de un conflicto no existe jurisdicción. La jurisdicción del Estado no puede estar destinada a conceder licencias judiciales en ausencia de conflicto, toda vez que ello lo pueden desempeñar los despachos notariales.

⁷⁰ Aunque en este caso el conflicto es entre el imputado, procesado, acusado o reo (dependiendo de la terminología adoptada) y el Estado por intermedio de la Fiscalía General, quien representa a la sociedad, en modelos acusatorios.

⁷¹ El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (Modificado por la ley 446 de 1998, art. 30 y por la ley 1107 de 2006, art. 1º) indica: "**Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de la distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura, no tendrán control jurisdiccional.

El 83 indica: (**Subrogado. D.E. 2304/89, art. 13**). "**Extensión del control.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos..."

⁷² Cuando son autónomas como en Francia. En Colombia la vía de hecho administrativa corresponde a un hecho (irregularidad grosera) ocurrido en la ejecución de un acto administrativo, es decir, en nuestro país la vía de hecho se ubica en la operación administrativa, al respecto puede consultarse: RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.

en el cual se pretende mantener el linaje constitucional en todo el ordenamiento jurídico, tal como ocurre en Colombia con el control automático de constitucionalidad o con el control de constitucionalidad por vía de acción.

El control concreto, por el contrario, produce efectos *inter partes*, es decir, solamente en el caso en cuestión, como sucede con la excepción de inconstitucionalidad o en los procesos creados para la protección de los derechos consagrados como principios directamente en la Constitución, tales como la acción de tutela (amparo), *habeas corpus*, popular, de grupo, o de cumplimiento (siempre que sea el remedio procesal para el incumplimiento de la Constitución por omisión).

En conclusión, el objeto de la jurisdicción constitucional es defender la Constitución Política, en su aspecto orgánico o en el dogmático. En el orgánico encontramos el control constitucional del ordenamiento jurídico (nacional o local) y la defensa de los derechos humanos de primera, segunda o tercera generación.

Por ello debemos concluir que la jurisdicción constitucional, al menos en su competencia orgánica, debe inmiscuirse en una función que tradicionalmente le corresponde a la Rama Legislativa del poder público, ya que su objeto es controlar, que esta rama cumpla con la función que la Constitución le asigna, en el sentido de verificar que las leyes que expide se ajusten a la Constitución, o que expida las que la Constitución le ordena y, esto es inmiscuirse en la política, como quiera que la expedición de una ley, es el resultado de uno de los procesos políticos y si una ley no se expide, es porque el proceso político no se ha dado.

3. Estructura de un código procesal constitucional

Consideramos que cualquier código debe tener la siguiente estructura:

1. Principios rectores.
2. Jurisdicción y competencia.
3. Procesos Constitucionales.
4. Actos y actuaciones procesales.
5. Jurisdicción constitucional transnacional

Examinaremos brevemente como se desarrollarían los anteriores ejes temáticos, que integran la columna vertebral de cualquier código procesal constitucional.

3.1 Principios rectores.

Consideramos que todo código, sobre todo el procesal constitucional, debe consagrar unas normas rectoras que han de guiar el procedimiento a seguir, cuando se pretende proteger o aplicar una norma o derecho consagrado en la Constitución Política.

3.2 Principios rectores.

Consideramos que todo código, sobre todo el procesal constitucional, debe consagrar unas normas rectoras que han de guiar el procedimiento a seguir, cuando se pretende proteger o aplicar una norma o derecho consagrado en la Constitución Política.

En efecto, deberá consagrarse un artículo que indique que al interpretarse este código, el juez deberá tener en cuenta, que su objeto es hacer efectivo el principio de supremacía constitucional, desde el punto de vista de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política. Y que en todo caso los procedimientos se instauran para garantizar el acceso a la jurisdicción constitucional, con plena eficacia del derecho fundamental del debido proceso y demás garantías constitucionales

Otro artículo deberá dirigirse a la gratuidad que debe imperar en la jurisdicción constitucional, el concepto de acción popular (lo que comúnmente se define como pública), así como la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso.

Otra norma deberá referirse a la iniciación de los procesos y al activismo judicial que debe tener el juez constitucional en la dirección del proceso, que le permita fallar extra y ultra petita, debido a la fuerza normativa de la Constitución y a los efectos de sus fallos.

Otro artículo deberá referirse a las fuentes del derecho y su aplicación. En efecto, deberá precisar la tipología e interpretación de normas constitucionales, tales como las que tienen categoría de valores, principio, reglas, subreglas, precedente vinculante y la manera de llenar los vacíos normativos⁷³.

3.3 Jurisdicción constitucional

Consideramos que lo más adecuado es implementar una jurisdicción constitucional concentrada e integral, que debe conocer íntegra y exclusivamente de los procesos regulados en el código procesal constitucional, como se expresa en Velandia la siguiente estructura⁷⁴:

- a. Corte Constitucional
- b. Tribunales constitucionales

⁷³ Para establecer la diferenciación entre valores, principios, reglas, puede consultarse a: QUINCE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano*. 4ª Ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, p. 39-51; sobre el precedente vinculante, además de la línea sentada por los diferentes tribunales constitucionales, sugerimos consultar a LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2ª Ed. Bogotá: Legis, 2006, p. 29-264. Sobre las nuevas categorías normativas y su interpretación puede consultarse a BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009; CARBONEL, Miguel (Editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta e IJ – UNAM, 2007; CARBONEL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores). *El canos neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9ª Ed. Madrid: 2009, p. 109 y ss.

⁷⁴ Esto lo propusimos en VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional*. Ob. Cit.

c. Jueces constitucionales

Esto no solamente consolidará el derecho procesal constitucional, sino que evitará en la práctica el denominado “choque de trenes”, toda vez que en los asuntos sometidos a esta jurisdicción, las demás corporaciones estarían supeditadas a sus decisiones y abolirá una de las principales causas de la mora judicial: atribuir al juez ordinario o administrativo el conocimiento del control de constitucionalidad en casos particulares, tal como sucede con la acción de tutela, la acción de *habeas corpus*, la acción popular, la acción de grupo o la acción de cumplimiento.

Planteamos esta propuesta, ya que el sistema colombiano, responde a un control “híbrido” o “*confuso*” de constitucionalidad, tal como lo sostiene el profesor Javier Tobo Rodríguez, “pues no ha sido objeto de una sistematización que permita, en forma clara y precisa, saber qué autoridades pueden ejercerlo, cuándo están facultados para ello, como también dónde comienza y termina la órbita de sus atribuciones controladoras” (p.161).

El control de constitucionalidad por vía de excepción, tampoco ha tenido una regulación acertada, lo que degenera en desorden y falta de coherencia del sistema; por ello también será parte de nuestra propuesta.

Nuestro planteamiento está encaminado a la exclusión del control de constitucionalidad, a cualquiera otra autoridad judicial, diferente a las que conformarán la jurisdicción constitucional concentrada e integral, ya que la manera de interpretar la Constitución por la Corte Constitucional, es diferente a la aplicable en los fallos proferidos por los jueces de lo contencioso administrativo.

En efecto, las normas de carácter constitucional tienen un mayor grado de indeterminación que las disposiciones legales, lo cual implica que no puede interpretarse de la misma manera que la indeterminación legal, lo cual exige la creación de criterios propios y diferentes al aplicar la Constitución en casos concretas o cuando se debe decretar su exequibilidad o inexecuibilidad, o más aún, cuando se deben proferir sentencias modulativas o exhortativas (Ferrerres, 2007).

3.3.1 Competencia de la jurisdicción constitucional por la naturaleza del asunto

3.3.1.1 Control abstracto de constitucionalidad

Este control de constitucionalidad tiene por objeto, verificar que todas las disposiciones infraconstitucionales de carácter general impersonal y abstracto, estén conforme a la supremacía de la Constitución. Se ejerce por medio de la acción de inexecuibilidad, control automático de constitucionalidad, control de constitucionalidad por omisión y acciones de nulidad constitucional correspondiente al derecho procesal constitucional local.

3.3.1.2 Control incidental de constitucionalidad, como excepción de inconstitucionalidad

Este control se ejerce en procesos donde se discuten derechos de origen legal, tal como el civil, laboral, penal, administrativo, etc., cuando el juez o alguna de las partes consideran que una norma aplicable al caso concreto es inconstitucional. Su origen puede ubicarse entre el sistema italiano y el sistema norteamericano. En efecto, en aquel⁷⁵, cuando un juez ubique una cuestión de constitucionalidad debe remitir el proceso a la Corte Constitucional para que defina la situación, mientras que en el caso americano el juez la puede resolver, incluso en la sentencia sin haber advertido la cuestión, es decir, de manera sorpresiva, tal como existe en Colombia y sucedió en el mítico caso *Marbury versus Madison*⁷⁶.

No compartimos ninguno de los dos sistemas, por lo siguiente: El caso italiano implica enviar siempre el expediente a la Corte Constitucional, lo cual consideramos exagerado, además de congestionar innecesariamente a la Corte; pero el caso americano nos parece más peligroso, porque se profiere una decisión sorpresiva, que en la mayoría de los casos se convierte en la pérdida de tiempo y en el sacrificio de los derechos sustanciales, con fundamento en un fallo sorpresivo de inconstitucionalidad. Por lo expuesto consideramos que este control debe aproximarse más al modelo europeo, pero sin que sea obligatorio el envío del expediente a la Corte Constitucional; su remisión dependerá de la apelación del fallo que resuelve el incidente de constitucionalidad y, de tenerse que remitir, puede ser a la Corte constitucional, al tribunal constitucional o al juez constitucional, dependiendo de la jerarquía del juez que resuelve el incidente.

Por lo expuesto, consideramos que en estos eventos podrá iniciarse de oficio o a petición de parte un “*incidente*” dentro del proceso, contemplado como “*cuestión prejudicial*”, del cual se corre traslado y luego se decide de fondo, previamente a la sentencia de mérito⁷⁷, así:

1. Si en un proceso, de oficio o a petición de parte, se plantea la excepción de inconstitucionalidad, tal controversia deberá tramitarse como incidente, siguiendo las reglas impersonales del código general del proceso.
2. El proceso no puede suspenderse por tramitarse el incidente constitucional de la excepción de inconstitucionalidad.
3. El incidente se tramitará ante el juez de conocimiento.

⁷⁵ Sobre el sistema italiano puede consultarse a ZAGREBELSKY, Gustavo. *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*. En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo. *Constitución, Derecho y Proceso*. Lima: IJ –UNAM, Idemsa, 2010, p. 907 y ss.

⁷⁶ Cfr. CARBONELL, Miguel. *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*. En DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. *Supremacía constitucional*.

⁷⁷ Controles similares pueden consultarse en FIX ZAMUDIO, Héctor. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. II Coloquio Iberoamericano de derecho constitucional. Ponencia: *La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1984, pág. 442. TOBO RODRÍGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Ob. Cit., pág. 159.

4. Solamente se suspenderá el proceso cuando se deba proferir sentencia, acudiéndose a la figura de la prejudicialidad constitucional.
5. El auto que resuelva el incidente de inconstitucionalidad, será apelable y la segunda instancia la conocerá la jurisdicción constitucional, dependiendo de las competencias que se asignen. Si las partes no apelan y aceptan la decisión del juez de conocimiento, la decisión constitucional quedará en firme, sin que se pueda acudir en ningún otro momento por los mismos hechos ante la jurisdicción constitucional (excepto en acción de tutela por vía de hecho), por hacer tránsito tal decisión a cosa juzgada constitucional con efectos *inter partes*. La posibilidad de la decisión en la instancia, será para evitar congestionar la jurisdicción constitucional, en casos donde las partes aceptan la decisión del juez.

Las competencias que proponemos en segunda instancia constitucional son:

- a. Si se trata de una alta corporación, la segunda instancia se tramitará ante la Corte Constitucional.
- b. Si se trata de un tribunal de distrito judicial, el competente será el tribunal constitucional del mismo distrito donde se tramitó el incidente de inconstitucionalidad.
- c. Si el incidente de inconstitucionalidad es resuelto por un juez, la segunda instancia será ante el juez constitucional.

El mismo tratamiento debe darse a los procedimientos administrativos o los que ejerzan los organismos de control, toda vez que el debido proceso (y este planteamiento corresponde a la concreción del debido proceso constitucional) se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

En efecto, cualquier excepción de inconstitucionalidad que, valga la precisión, solamente puede aplicarse dentro de un proceso judicial, o procedimiento administrativo, disciplinario o de control, deberá tramitarse como incidente, cuya segunda instancia deberá corresponder a la jurisdicción constitucional, la cual debe ejercer un control concentrado e integral de constitucionalidad así:

- a. Si se trata de una entidad con competencia nacional, la segunda instancia se tramitará ante la Corte Constitucional.
- b. Si se trata de una entidad con competencia departamental o dentro del distrito capital, la segunda instancia se tramitará ante el tribunal constitucional competente donde se tramitó el incidente de inconstitucionalidad.
- c. Si se trata de una entidad municipal, la segunda instancia se tramitará ante el juez constitucional.

3.3.1.3 Control concreto de constitucionalidad

Este control de constitucionalidad busca proteger los derechos constitucionales, de conformidad con la competencia asignada por la Constitución y por el código procesal constitucional, pero en casos concretos, ya que con ese fin se establecieron tales mecanismos procesales. Es el caso de las siguientes acciones:

1. **Habeas corpus.** Consagrada en el art. 30 de la Constitución Política y reglamentado por la ley 1095 de 2006⁷⁸.
De conformidad con nuestra propuesta, el código procesal constitucional deberá precisar, que solamente podría invocarse esta acción ante el juez o tribunal constitucional.
2. **Acción de tutela.** Se regula en el art. 86 de la Constitución⁷⁹, pero se ha reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, el cual a su vez se ha reglamentado por el Decreto Reglamentario 306 de 1992 y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, fue reglamentado por el Decreto 1382 de 2000, en lo relacionado con las competencias.
3. **Acción de cumplimiento.** Se consagró en la Constitución Política de 1991 en su artículo 87⁸⁰, a su vez reglamentado por la ley 393 de 1997.
4. **Acción popular y de grupo.** Incluida constitucionalmente en el artículo 88⁸¹ y reglamentada por la ley 472 de 1998.

Creemos que estas acciones junto con la de cumplimiento, son las que más merecen ser conocidas por una jurisdicción constitucional, toda vez que la intención del constituyente no se ha reflejado, por tener los jueces que las resuelven un acentuado énfasis civil o administrativo, lo que nos convence en la propuesta que sometemos a la comunidad académica. No se pretende únicamente controlar la mora judicial, sino además pretendemos que estas acciones tengan la óptica constitucional.

⁷⁸ “Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante **cualquier autoridad judicial**, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *habeas corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas”.

⁷⁹ “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar **ante los jueces**, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

⁸⁰ “Toda persona podrá acudir ante **la autoridad judicial** para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.

En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

⁸¹ “Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

En la acción popular y de grupo, a diferencia de las anteriormente comentadas, la Constitución no atribuye la competencia a ningún juez; sin embargo, teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos pertinente que en el código procesal constitucional se incluyan estas acciones.

3.2.2 Competencia funcional

Los factores que determinarán la competencia en la jurisdicción constitucional concentrada e integral son:

3.2.2.1 En el control orgánico de constitucionalidad

| Autoridad judicial | Sala | Instancia | Control de constitucionalidad frente a |
|------------------------------------|------------------------------|--|---|
| Corte Constitucional | Sala Plena | <i>Única</i> | <ol style="list-style-type: none"> 1. actos legislativos o contentivos de reformas constitucionales. 2. leyes que convocan a referendos o asambleas constituyentes, para reformar la Constitución. 3. leyes. 4. decretos ley. 5. leyes convocatorias a una decisión popular de carácter nacional. 6. decretos legislativos. 7. Demandas por omisiones de inconstitucionalidad (absolutas, relativas). 8. Apelaciones contra fallos proferidos en primera instancia por una sala de la Corte Constitucional |
| | Sala jurisdiccional orgánica | <i>Única</i> | <ol style="list-style-type: none"> 1. decretos reglamentarios de carácter general (Ya no lo conocería el Consejo de Estado) 2. Demandas por estados de cosas inconstitucionales. |
| | | <i>Segunda</i> Apelaciones contra fallos proferidos en: | <ol style="list-style-type: none"> 1. procesos asignados en primera instancia al Tribunal Constitucional que versen sobre control abstracto de constitucionalidad. 2. incidentes de control de constitucionalidad decididos por: <ol style="list-style-type: none"> a. sala o sección de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura, Tribunal Constitucional. b. la Procuraduría General de la Nación en procesos disciplinarios c. la Contraloría General de la República en procesos de responsabilidad fiscal. d. cualquier superintendencia. e. cualquier proceso de jurisdicción coactiva adelantado ante una entidad del orden nacional. f. cualquier proceso que resuelva una situación concreta adelantado en sede gubernativa del orden nacional. g. la Comisión Nacional de Televisión. |
| Sala jurisdiccional de la libertad | <i>Eventual revisión</i> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Fallos de tutela 2. Fallos de <i>habeas corpus</i> | |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | <i>Primera</i> | Acciones de tutela contra providencias proferidas por las altas cortes o contra funcionarios que conforman el gobierno nacional |
| | | <i>Segunda</i> | Apelaciones contra fallos proferidos por tribunales constitucionales. 1. tutela 2. <i>habeas corpus</i> . 3. ejecución de fallos de la jurisdicción constitucional transnacional Pueden resolverse por juez singular |
| | Sala jurisdiccional de amparo colectivo | <i>Segunda</i> | Fallos en acciones populares y de grupo proferidos por el tribunal constitucional |
| ⁸² Tribunales Constitucionales | Sala de control orgánico de constitucionalidad. Frente a demandas o control automático | <i>Primera</i> | 1. Actos administrativos generales de carácter departamental: ordenanzas y decretos expedidos por el gobernador o por cualquier autoridad departamental del sector central o descentralizado. 2. Actos administrativos generales proferidos en el Distrito Capital por el alcalde mayor, por el Concejo o por entidades distritales de carácter central o descentralizado. 3. actos departamentales o distritales que convoquen al pueblo, a fin de tomar una decisión popular mediante el sufragio, tales como la revocatoria del mandato, plebiscito o referendo. |
| | | <i>Segunda</i> Apelaciones contra fallos proferidos en: | 1. Fallos proferidos por el juez constitucional 2. incidentes de control de constitucionalidad decididos por: a. Cualquier Consejo Seccional de la Judicatura. b. Cualquier juez constitucional. c. La Personería Distrital en procesos disciplinarios. d. Cualquier Contraloría departamental o distrital en procesos de responsabilidad fiscal. e. En cualquier proceso de jurisdicción coactiva adelantado por una entidad del orden departamental. f. En cualquier proceso que resuelva una situación concreta adelantado en sede gubernativa del orden departamental. g. De los incidentes de excepción de inconstitucionalidad interpuestos ante cualquier tribunal. |
| | Sala jurisdiccional de la libertad | <i>Primera</i> | 1. Acciones de tutela 2. Acciones de <i>habeas corpus</i> 3. Ejecución de fallos proferidos en la jurisdicción constitucional transnacional |
| | | <i>Segunda</i> | 1. Fallos de acciones de tutela 2. Fallos de acciones de <i>habeas corpus</i> |

⁸² Si se trata del de Bogotá o Cundinamarca (si se sigue la estructura operante para la jurisdicción de lo contencioso administrativo), podrá tener la misma estructura de la Corte Constitucional.

| | | | |
|--------------------------------|---|--|---|
| | Sala jurisdiccional de amparo colectivo | Primera | 1. Acciones populares 2. Acciones de grupo |
| | | Segunda Apelación de | 1. Fallos en acciones populares 2. Fallos en acciones de grupo |
| Jueces constitucionales | De control orgánico de constitucionalidad | Primera | 1. De los actos administrativos generales de carácter municipal emanados del alcalde, consejo o entidades del sector central o descentralizado. 2. De los actos administrativos que convoquen a un plebiscito o referendo municipal. 3. De los actos administrativos que convoquen al pueblo a tomar una decisión mediante el sufragio, sobre la revocatoria del mandato. |
| | | Segunda Apelaciones contra fallos proferidos en: | 1. incidentes de control de constitucionalidad resueltos por: a. cualquier juez del circuito o municipal. b. cualquier proceso de jurisdicción coactiva adelantado por una entidad del orden municipal. c. cualquier proceso que resuelva una situación concreta adelantado en sede gubernativa del orden municipal. d. la personería municipal diferente a la de Bogotá. |
| | Sala jurisdiccional de la libertad | Primera | 1. acciones de tutela 2. acciones de hábeas corpus |
| | Sala jurisdiccional de amparo colectivo | Primera | 1. acciones populares 2. acciones de grupo |

3.3 Procesos Constitucionales

Teniendo claro que autoridad tiene la función jurisdiccional, debe procederse a efectuar una pormenorizada reglamentación de cada uno de los procesos objeto de la jurisdicción constitucional. En efecto, deberá indicarse cuál es la finalidad de cada proceso, su procedencia e improcedencia y si existen requisitos de procedibilidad, tales como el agotamiento de otros mecanismos de defensa judicial y los requisitos especiales para ciertos casos, alcances del fallo, medidas cautelares, etc.

Así por ejemplo, deberá indicarse si deben estructurarse cargos o no, o en la acción de tutela contra providencias judiciales, si se exigen requisitos adicionales. Corresponde a los procesos indicados al comienzo de este capítulo, los cuales nos abstenemos de estudiar, en la medida que otros ponentes abordan el tema.

3.4 Actos y actuaciones procesales

Este es un aspecto fundamental en todo código, toda vez que debe regularse la exigencia prevista en la demanda de cada proceso, así como las posibilidades que tiene el juez al momento de proferir el primer auto, como quiera que debe consagrarse cuando debe admitirse, inadmitirse o rechazarse la demanda. Igualmente deberá preverse la manera de notificarse las providencias que se profieran durante el proceso, la manera en que se puede ejercer el derecho de

contradicción, la regulación del aspecto probatorio y los diferentes tipos y efectos de las sentencias de control de constitucionalidad (abstracto y concreto). Igualmente debe regularse lo relativo a las impugnaciones y recursos, incidentes, etc.

Finalmente, el código deberá precisar los requisitos de procedibilidad para acceder a la jurisdicción constitucional transnacional y la manera de ejecutar los fallos proferidos por cortes pertenecientes al sistema regional o universal de protección de los derechos humanos

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1991) Constitución Política de Colombia. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

TOBO, J. (1996) La corte constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia. Colombia, Bucaramanga: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

FERRERES, V. (2007) Justicia constitucional y democracia. España, Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GOZAINI, O. (2006) Introducción al derecho procesal constitucional. Argentina, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

KELSEN, H. (2009). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional. N° 10, p.3

CELOTO, A. (2005). El derecho juzga a la política. Argentina, Buenos Aires: Ediar.

VELANDIA, E. (2010). Anuarios de derecho procesal. Colombia, Bogotá: Ediciones doctrina y ley.

CAPELLETTI, M. (1987). La justicia Constitucional, México, México DF: Universidad Autónoma de México.

VELANDIA, E. (2009). Teoría constitucional del proceso. Derecho procesal constitucional. Colombia, Bogotá: Doctrina y Ley.

SAGÜES, N. (s. f.). Reflexiones sobre la codificación procesal constitucional.

MANILI, P. (2010) Tratado de derecho procesal. Argentina, Buenos Aires: La Ley

VELANDIA, E. (2010) Derecho procesal constitucional. Colombia, Bogotá: VC editores y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

MAC Gregor, E. (2008). Compendio de derecho procesal constitucional. México, México DF: Porrúa.

HERNÁNDEZ, G. (2009). El proceso civil adversarial. Memorias del XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Colombia, Bogotá: Universidad Libre.

VESCOVI, E. (1986) El proyecto de código procesal civil uniforme para América Latina. Revista del Instituto de Derecho Procesal Colombiano. Vol. (4) No.4. p. 14-10.