

**PRIMER CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL
BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL, 17 DE MARZO DE 2010
DESAFÍOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL SIGLO
XXI**

**RELATORÍA
Nattan Nisimblat
Miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional**

Buenas noches. Quiero agradecer a los miembros y directivos del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, en especial a su Directora, Dra. Anita Giacomette Ferrer, por la oportunidad de relatar este maravilloso encuentro de juristas y estudiosos del Derecho Procesal Constitucional, el cual sólo es posible por la convicción de la existencia de una consolidada disciplina dedicada al estudio de las reglas que informan la protección judicial de los Derechos Constitucionales.

Correspondió la Instalación del Congreso a la Dra. **Ruth Stella Palacio Correa**, quien reafirmó la necesidad de incluir el estudio del Derecho Procesal Constitucional en los programas de pregrado y posgrado en todo el país, para lo cual citó la exitosa experiencia mexicana.

Invitó a los ponentes y partícipes a concentrar el evento en los aspectos básicos de la nueva disciplina: principios, contenido y límites del derecho procesal constitucional y advirtió que esta disciplina no debe tan solo abarcar la protección de los derechos constitucionales sino también extenderse a todo el derecho procesal, bajo la óptica de la "constitucionalización del derecho".

Finalmente estimó que el Derecho Procesal Constitucional debe estudiarse bajo el prisma de un enfoque flexible, en el cual se incluyan las demás acciones para la protección de los derechos protegidos por la Constitución, tales como las populares, Habeas Corpus y Cumplimiento y no tan sólo la Acción de Tutela.

Primera Mesa. Comenzamos la mañana con la primera Mesa de Trabajo, cuyo tema lo constituyó "**El Protagonismo de los Jueces y el Activismo Judicial**". La discusión inició con la intervención del **Dr. Rafael Ostau de Lafont Pianetta**, quien recordó que las expresiones "activismo de los jueces" y "activismo judicial" no son del mundo de hoy, y propuso asociar los conceptos "activismo" a la función de administrar justicia específicamente considerada, y "protagonismo" a la institucionalidad de la justicia, la cual se funda en la defensa pública de su independencia.

Continuó el Dr. **Ricardo Monroy Church**, quien atribuyó el nacimiento del concepto de activismo a los jueces Coke de Inglaterra y Marshall de los Estados Unidos, el primero en el siglo XVII y el segundo en el siglo XIX y en especial al caso Marbury vs.

Madison en el cual se definió la competencia de los jueces para inaplicar las normas cuando resultaren contrarias a la Constitución. Para el Dr. Monroy el papel del juez en el nuevo orden constitucional lo lleva a adoptar decisiones concretas de protección y garantía de derechos, resultante de sus competencias y deberes constitucionales y no de posiciones culturales o ideológicas más allá de sus competencias, en busca de protagonismo o activismo.

Finalmente recuerda que para el ejercicio de las competencias plenas de los jueces constitucionales es necesario garantizar su independencia, así como su plena preparación académica.

A continuación, el Dr. **Carlos Mario Molina** expuso que la diferencia entre protagonismo y activismo estriba en que el primero puede ser pasivo, mientras que el segundo implica una participación voluntaria y en tal medida considera que protagonismo es presencia y activismo es voluntad e intención, concluyendo en tal virtud que el juez constitucional es protagonista y no activista. En materia del derecho a la salud, que hace parte de los derechos sociales, programáticos, se preguntó si el protagonismo activo debe tener límites y si tales límites deben provenir del mismo juez constitucional y para ello cita el caso del colapso en el sistema de salud en Colombia, el cual pudo ser originado por el exceso de protagonismo activo de los jueces de tutela, quienes no están ejecutando su actividad en concierto con las demás ramas del poder público, a pesar de su injerencia en materias que involucran el cumplimiento de obligaciones de hacer, como es el caso de aquellas que provienen de la protección de derechos de realización progresiva.

Cerró la mesa el profesor **Oswaldo Alfredo Gozaini**, quien nos recordó que en América Latina aplicamos un modelo judicial Europeo, el cual desconfiaba de sus jueces, a quienes no les es permitido crear el derecho, pero que al mismo tiempo nos gusta el modelo americano, en el cual el juez es creador y al mismo tiempo controlador del derecho legislado mediante un sistema incidental.

Igualmente resaltó que en Europa no se habla de un Derecho Procesal Constitucional, pues para los europeos existe una "jurisdicción constitucional", también denominada "justicia constitucional" y por lo tanto su estudio se concentra en las funciones de los tribunales constitucionales, más no el conjunto de procedimientos para garantizar los derechos subjetivamente considerados.

En materia de principios que rigen la actividad judicial, el profesor Gozaini expone que hoy todo se debe explicar desde el Derecho Procesal Constitucional y no desde la Teoría del Proceso y para ello se remite a la teoría clásica del Derecho de Acción, la cual en los procesos constitucionales ya no comporta una individualidad, lo que lleva a la crisis del concepto "*nemo iure sine actore*" en su tradicional concepción y termina su intervención afirmando que en el Derecho Procesal Constitucional es imprescindible un juez protagonista, un juez activo.

En la segunda parte de la mañana el Dr. **José Gregorio Hernández** dictó la conferencia titulada "Reformas constitucionales inconstitucionales". Antes de dar inicio a su conferencia, el Dr. Hernández manifestó, con ocasión del tema debatido en la mesa de trabajo, que la Corte Constitucional no ejerce activismo ni protagonismo, en la medida en que sus decisiones se enmarcan en la función para la cual fue creada, esto es, la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución.

En cuanto a la Teoría de la cláusula pétrea, manifestó que si bien para algunos, en la medida en que no exista una disposición que prohíba reformar, el poder es amplio. Otros afirman la teoría de la sustitución, según la cual, si se modifican algunos elementos sustanciales de la Constitución, se está sustituyendo por otra, aclarando que la esencia de una cosa es aquello sin lo cual esa cosa deja de ser lo que es y que en virtud de dicha teoría, en la medida en que la Constitución tiene elementos de su esencia, tiene límites tácitos y tales límites prohíben su modificación, correspondiéndole al Juez Constitucional determinar cuáles son tales elementos, siendo la propia Corte quien debe trazarse límites en cuanto al estudio de los elementos esenciales y en cuanto a la definición de las competencias reformativas del Congreso.

Terminamos la mañana con la segunda mesa de trabajo que giró en torno al tema "**Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional**", la cual estuvo presidida por Dra. **Lina Marcela Escobar**, quien inició aclarando que una sentencia atípica es aquella que es producto de la modulación que sobre sus efectos realiza la Corte Constitucional.

Continuó el doctor **Dagoberto Charry**, para quien, según el modelo adoptado por la Constitución, no existen en realidad sentencias atípicas, pues la atipicidad es lo que es contrario, novedoso e insólito y en este caso lo que es nuevo es el sistema y no la técnica para decidir. Tras definir los conceptos y tipologías de sentencias en sede de constitucionalidad, afirmó, como aporte a la discusión en torno al protagonismo judicial, que no es cierto que la Corte ejerza un activismo, sino que cumple a cabalidad sus funciones como órgano de la Jurisdicción de la Paz.

A continuación el Magistrado **Humberto Sierra Porto**, explicó que, en la práctica, las sentencias de tutela tienen siempre un carácter atípico y para ello citó casos en los que la Corte Constitucional colombiana incorporó en sus sentencias órdenes adicionales a las concernientes a las partes involucradas en los procesos de tutela revisados, las cuales se extendieron a autoridades del orden nacional e inclusive a personas de derecho privado.

Explicó el Dr. Sierra que en Colombia se hace un uso profuso de estas técnicas, tal vez porque en Colombia existe la Acción Pública de Inconstitucionalidad que le permite a todo ciudadano acudir ante la Corte a demandar la constitucionalidad de las normas, lo que le impone a la Corte el deber de salvaguardar la seguridad jurídica y concluye que

el derecho no es una camisa de fuerza que está establecida a través de modelos que vienen de Europa o Estados Unidos, resaltando que en Colombia el control constitucional es un instrumento para lograr la realización de los derechos y por lo tanto la técnica para proferir la sentencia es el resultado de lograr la protección de los derechos constitucionales.

Concluyó la mesa el Dr. **Abraham Sánchez**, quien nos postuló el concepto de las Sentencias intermedias, a partir de su delimitación frente a aquellas que fijan los extremos de simple constitucionalidad y simple inconstitucionalidad, para así fijar las reglas vigentes en materia de tipología decisonal presente en la actividad de nuestro juez supremo constitucional.

La sesión de la tarde dio inicio con la mesa de trabajo titulada "**La inconstitucionalidad de oficio ante la jurisdicción constitucional**". La mesa fue presidida por la Dra. **Anita Giacomette Ferrer**, quien formuló algunos interrogantes en torno al principio democrático que informa la actividad judicial y si conforme a dicho postulado es admisible que un tribunal constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma al margen del principio de la rogación.

La doctora **Diana María Ramírez** demostró, mediante la invocación histórica de nuestra tradición dogmática formalista, que los presupuestos procesales de la teoría general no son compatibles con la actividad oficiosa del juez, en la medida en que el concepto tradicional de "decir el derecho" lleva a una jurisdicción rogada, lo cual no encaja con la función judicial constitucional y precisó que bajo un concepto estricto del *Iura novit curia* no es posible apartarse de la hipótesis fáctica propuesta por el accionante. Estima, finalmente, que debe el juez aplicar el ya formulado "Principio – Construcción" que le impone una construcción asidua de todo el marco normativo que se le pone de presente, cumpliendo así una función "heterointegrativa".

El profesor **Oswaldo Alfredo Gozaini**, recabó en la circunstancia de que en Argentina todo juez puede ejercer control de constitucionalidad, dado el modelo difuso existente. Sin embargo, para ello requiere petición de parte y además que dicha petición se formule en una causa vigente, es decir, se trata de un trámite incidental y por lo tanto los efectos son *pro tempore e inter partes*. Nos indica, además, que se requiere que la cuestión sea trascendente desde un punto de vista constitucional y en cuanto al debate en torno a la oficiosidad, estima que conforme a la cláusula de supremacía inserta en la Constitución Argentina, es deber de todo juez acatar el texto fundamental y tal medida no se requiere de una petición de parte para habilitar la competencia constitucional exceptiva del juez.

Correspondió al Dr. **Anibal Quiroga León** cerrar la mesa, ilustrando el modelo peruano de control constitucional, el cual superó el concepto de justicia constitucional o jurisdicción constitucional, sustituyéndolo por el de Derecho Procesal Constitucional. Tras recorrer los distintos mecanismos de control constitucional, explicó cómo en el

sistema de control de constitucionalidad objetivo convergen dos sistemas, uno dispositivo y uno inquisitivo, distinguiendo una escisión frente al derecho de acción: el legitimado para iniciar la acción y el legitimado para impulsar el proceso, lo que lleva a concluir que en materia de control constitucional Perú se ciñe al principio de la rogación, lo cual no elimina la posibilidad del ejercicio de una potestad oficiosa, cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de una norma, caso en el cual, de oficio, extiende con fines de integración, la declaratoria a otras normas que no han sido demandadas.

A continuación el profesor **Diego López Medina** ofreció la Conferencia Magistral titulada "**La Tutela como observatorio del Derecho Procesal**", en la cual demostró, a partir de la experiencia en tutela cómo, bajo un sistema escrito y en atención a los principios de la concentración y la proporcionalidad procesal, se puede lograr uno de los principales objetivos del sistema judicial, que es lograr obtener un resultado en un tiempo razonable, lo cual brinda seguridad, confianza y legitimidad.

El profesor López propone abandonar el catálogo de principios del proceso, tal y como se le conoce y abordar el sistema de construcción procesal empírica, a partir de la formulación de estrategias procesales que se ajusten a las necesidades de la causa.

Culminamos la jornada con la Mesa de trabajo titulada "**Debido proceso constitucional**", Presidida por el Dr. **Mauricio González Cuervo**. Esta mesa trató los temas de plazos razonables y la reviviscencia del derecho.

La profesora **Adelina Loiano** de argentina, nos enseñó cómo el establecimiento de un Plazo razonable se constituye en garantía del debido proceso y para ello propuso que los criterios de razonabilidad para determinar dicho plazo pueden estimarse desde dos puntos de vista, el objetivo y el subjetivo, donde el primero atiende a la complejidad de las circunstancias del caso y el segundo, a la calidad de las partes involucradas en el litigio.

Para finalizar nuestro Congreso, el Dr. **Edgardo Villamil Portilla**, nos planteó la cuestión de la reviviscencia y su incidencia en la realización del control objetivo de constitucionalidad y para ello se remitió a distintos aspectos de la actividad normativa y el ejercicio de la legislación negativa, así como a los efectos de las decisiones emitidas en virtud de dicho control.

CONCLUSIONES GENERALES

Como conclusiones generales se destacan las siguientes:

Primera. La doctrina procesal constitucional prefiere ver al juez constitucional como un garante y ejecutor de los derechos y no como un "activista".

Segunda. El juez constitucional no tiene un único ascendiente, europeo o americano. Es un juez que responde a la necesidad de realizar un cometido fundamental como es la garantía de los derechos constitucionales.

Tercera. El juez constitucional no encuentra límites en los principios *Iura novit curia* y la rogación, en la medida en que su labor comporta el análisis integral de las disposiciones que hacen parte de su actividad.

Cuarta. Corresponde al juez constitucional controlar la actividad de las demás ramas del poder público en materia de reformas constitucionales, para lo cual debe fijar sus propios límites y autorregularse.

Quinta. Se entienden superados los conceptos "justicia constitucional" y "jurisdicción constitucional" y se reemplazan por el de Derecho Procesal Constitucional, que incluye la actividad difusa de control concreto de constitucionalidad.

Sexta. Es necesario implementar la enseñanza del Derecho Procesal Constitucional en las escuelas de pregrado y posgrado de derecho.