



ASAMBLEA CONSTITUYENTE

DIALOGO DE EXPERTOS INTERNACIONALES CON ASAMBLEÍSTAS

ESPECIALISTA: Catalina Botero

PERFIL: Abogada colombiana candidata al doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, España. Tiene postgrados en Derecho Constitucional, Ciencias Políticas, Derechos Humanos, Gestión Pública y Derecho Administrativo y con diplomas y cursos especializados en su mayoría, sobre Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Dedicada principalmente al servicio público en entidades como la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo: Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional en el despacho de varios magistrados. Fue Directora de la Dirección Nacional de Promoción y Divulgación de los Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de Colombia.

MODALIDAD: Diálogo en mesas

MESA: "Reforma Institucional del Estado"

APOYO: PNUD/AECID

FECHA: 17,18 y 19 de marzo de 2008

LUGAR: Montecristi

Los modelos constitucionales de América Latina y Europa Continental antes de las reformas que introdujeron lo que podría llamarse un verdadero Estado Constitucional, se caracterizaban por (1) la ausencia de una idea de constitución como norma jurídica vinculante para todos los órganos públicos y prevaleciente sobre toda otra disposición; (2) la concepción del juez como el servidor público que debía limitarse a aplicar de la manera más exegética posible el derecho legislado (“la boca de la ley”); y (3) la inexistencia de mecanismos especializados, ágiles e idóneos, para proteger los derechos constitucionales fundamentales frente a actuaciones del poder público o privado que pudieran vulnerarlos.

Sin embargo, las reformas constitucionales de la segunda mitad del Siglo XX y los primeros años del presente, se han caracterizado fundamentalmente por incorporar dos de las transformaciones fundamentales: la transformación de la constitución en una verdadera norma jurídica y el surgimiento de mecanismos especializados y reforzados de protección de las normas – especialmente de los derechos – constitucionales.

En general, cuando las reformas – o las nuevas constituciones – responden genuinamente a estas premisas, terminan generando una práctica constitucional muy valiosa para la construcción de sociedades verdaderamente incluyentes y democráticas. Ese ha sido, hasta hoy, el caso de España, Alemania y Colombia. En efecto, en la mayoría de esos estados existe hoy una idea reforzada de constitución como norma jurídica vinculante y

prevaleciente. Además, se reconoce que el papel del juez no se limita a “decir la ley” sino a evaluarla a la luz de la constitución, para lo cual ha debido incorporar nuevas técnicas y métodos de argumentación. Finalmente, hoy existen mecanismos especializados, ágiles y reforzados de defensa de la constitución, como la jurisdicción constitucional y especialmente la acción de tutela.

Acceso a la justicia

En estos modelos, la justicia constitucional ha servido de manera decisiva a los siguientes propósitos:

- 1) Afianzar y defender, de manera coherente y ordenada, la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica;
- 2) Actualizar el derecho legislado – en especial el derecho preconstitucional – orientando a todos los servidores públicos para que lo interpreten y apliquen a la luz de los valores y principios del nuevo derecho constitucional;
- 3) Unificar la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales;
- 4) Promover una cultura democrática fundada en la protección efectiva de los derechos de las personas y en los valores del Estado social y democrático de derecho²; y Finalmente, pero no por ello menos importante
- 5) Proteger concretamente a las personas frente a posibles violaciones de sus derechos constitucionales fundamentales.

En suma, en sistemas de control de constitucionalidad mixtos, como el español, el alemán o el colombiano, la justicia constitucional promueve el acceso a la justicia, la primacía constitucional y la interpretación coherente y unificada de los derechos fundamentales por parte de todos los jueces de la República.

Imparcialidad e independencia

Pero para que todo esto pueda operar se requiere un diseño institucional que garantice, tanto la independencia, imparcialidad y proividad de la justicia constitucional, como su eficacia concreta y su verdadero poder de control de la arbitrariedad.

En efecto, una justicia constitucional poderosa que sin embargo no tenga garantías de imparcialidad e independencia podría terminar politizando a la justicia – incluso a la justicia penal - hasta extremos incompatibles con cualquier Estado de derecho. Esto sucedería si, por ejemplo, una mayoría de los jueces puede ser directa o indirectamente designada por el presidente de turno o por la mayoría de gobierno, para que actúen mientras esta mayoría gobierna. También puede suceder esto cuando se crean incentivos – como periodos cortos y posibilidad de reelección – para que los jueces cedan a los ímpetus de quienes pueden reelegirlos.

Adicionalmente, una justicia lenta y engorrosa o carente de mecanismos para hacer cumplir sus decisiones terminará siendo una burla a la Constitución y una nueva frustración para quienes confiaron en la eficacia de este nuevo modelo para proteger sus derechos fundamentales.

Propuestas para la Constituyente

A continuación se sugieren algunas propuestas específicas que pueden ayudar a evitar los riesgos que se ponen de presente. Se trata de directrices para garantizar la independencia, imparcialidad, providad y eficacia del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, de la Constitución.

1. Si el modelo político-constitucional que se adopta corresponde al modelo del Estado constitucional (o al llamado neoconstitucionalismo), deberá existir uno o varios órganos judiciales encargados de garantizar la prevalencia de la Constitución sobre cualquier otra disposición relevante para el derecho.

2. Para efectos puramente analíticos puede sostenerse que existen tres modelos de justicia constitucional, cuya eficacia dependerá de la cultura jurídica de cada Estado y del resto de la organización del poder público. Ver anexo que recoge los aspectos esenciales orgánicos y funcionales de los tres modelos reflejados en los regímenes constitucionales de Colombia, Venezuela, España, Alemania, Portugal, Sudáfrica, y Estados Unidos.

3. El modelo mixto se caracteriza por: (1) un tribunal especializado en materias constitucionales encargado de conocer de la Constitucionalidad de las reformas constitucionales, las leyes y eventualmente – en algunos casos - de algunos actos administrativos de carácter general y abstracto. Adicionalmente es cabeza de la jurisdicción constitucional; (2) una jurisdicción constitucional encargada de conocer de los recursos de amparo por violación de los derechos constitucionales fundamentales; (3) el resto de los jueces y tribunales ordinarios tienen la competencia para inaplicar (Ex de constitucionalidad) o elevar al Tribunal Constitucional, una cuestión de inconstitucionalidad respecto de las leyes que deban aplicar.

4. Independencia, autonomía e imparcialidad

5. En este modelo (mixto) es indispensable asegurar la independencia, imparcialidad, templanza y providad de los jueces constitucionales. Para ello se requiere, cuando menos, de lo siguiente:

- El Tribunal o Corte debe ser un órgano plural cuyo número este definido por la Constitución o, en casos excepcionales, por una ley que requiera mayorías especiales (ley orgánica o estatutaria)
- El Tribunal debe tener garantizada su autonomía reglamentaria interna, dentro de lineamientos generales establecidos por una ley especial (orgánica o estatutaria)

- Debe contar con autonomía presupuestal limitada exclusivamente a un monto definido por el congreso que no puede ser disminuido respecto del presupuesto asignado el año anterior salvo disminución general a todos los órganos del Estado
- El salario de sus miembros debe ser fijo e indexado e idéntico a los de los miembros del Congreso y el Presidente
- Los requisitos para ser elegidos deben estar definidos en la Constitución. Pueden establecerse requisitos mínimos similares a los que se exige para ocupar cargos en la Corte Suprema y adicionalmente pueden privilegiarse algunos como la calidad de docente universitario o de miembro de la judicatura.
- Los magistrados deben tener un periodo fijo, de mayor extensión que el periodo de los funcionarios de elección popular y no puede coincidir con el periodo de sus electores salvo muy parcialmente.
- No deben poder ser reelectos salvo que hubieren cumplido un periodo menor a tres años en funciones.
- Deben estar sometidos a un estricto régimen de inhabilidades para garantizar su plena independencia e imparcialidad
- Deben estar sometidos a un estricto régimen de incompatibilidades. Incluso es recomendable que por un tiempo de uno o dos años después del ejercicio del cargo no puedan recibir favores, premios, reconocimientos ni nombramientos, de ningún tipo, de los otros poderes del Estado o de gobiernos extranjeros.
- Deben contar con inmunidad por sus votos y con un fuero especial para juicios penales, civiles o disciplinarios. Su juez último debe ser la máxima Corte de Justicia.
- No deben poder ser juzgados por indignidad política.
- Nombramiento: en la doctrina más autorizada se propone que se nombre por el legislativo de ternas enviadas por los otros poderes o incluso de nombres presentados por los propios legisladores provenientes de los partidos, los movimientos sociales, etc. No debe existir mayoría de miembros de origen del ejecutivo o de las mayorías políticas eventuales. No representan intereses concretos por eso se cuestiona que tengan un origen directo, gremial o social determinado. Para que exista un mayor consenso en el nombramiento deberían exigirse mayorías especiales en la elección.
- La renovación debe ser sucesiva – parcial, cada tres o cuatro años. Debe quedar proscrita la renovación simultánea de más de una tercera parte de sus miembros.
- Una vez vencido el periodo para el cual fueron electos, cesan en el ejercicio de sus funciones. El tribunal puede seguir sesionando mientras tenga, al menos, la mitad más uno de sus miembros. Puede nombrar por cooptación a un magistrado encargado, conjuer o profesor universitario, mientras se surte el proceso completo de elección.
- Sólo podrá ser reelecto quien hubiere cumplido un término inferior a tres años.
- Las sentencias deben ser públicas para lo cual deben existir mecanismos eficientes de divulgación tanto de la decisión como de los motivos de la misma.
- Debe reglamentarse cuidadosamente la intervención de cualquier persona o funcionario ante el Tribunal de manera tal que se eviten presiones indebidas.
- Funciones del Tribunal

6. En el modelo mixto, las funciones asignadas al Tribunal suelen ser las siguientes:

- Recurso o acción de inconstitucionalidad: control directo y abstracto de constitucionalidad de normas con fuerza de ley, con legitimación ciudadana o limitada
- Cuestión de inconstitucionalidad: control de constitucionalidad de normas con fuerza de ley cuando sea enviado por cualquier órgano judicial que dude de la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley que deba aplicar a un asunto concreto
- Control previo automático de tratados internacionales: control directo y abstracto de constitucionalidad de los tratados internacionales antes de que el estado preste su consentimiento.
- Conflictos de competencia: resolución de conflictos competenciales entre los distintos órganos principales – o constitucionales - del Estado
- Conflictos en defensa de la autonomía local: resolución controversias relativas a la invasión de la autonomía de los entes locales por normas con fuerza de ley del Estado o de las Comunidades Autónomas
- Cabeza de la jurisdicción constitucional para efectos de conocer los Recursos de amparo.
- El Tribunal debe tener tantas funciones cuanto sea necesario pero no más de las que es razonable so pena de someterlo a una congestión que convierta en ineficaz a la justicia constitucional. Por eso es fundamental distribuir entre otros órganos de la jurisdicción el conocimiento del recurso de amparo y de las posibles acciones contra actos administrativos que vulneren la Constitución. Es fundamental dotar al Tribunal de un mecanismo que le permita funcionar ágilmente como, por ejemplo, un certiorari con las correcciones que se consideren adecuadas.
- Deben fijarse plazos máximos dentro de los cuales debe operar la justicia constitucional. Estos no pueden ser tan cortos (como las 24 o 48 horas consagradas en algunas constituciones) que no permitan una evaluación seria y ponderada del caso, ni tan laxos que resulte ineficaz. Sin embargo, es razonable adjudicar al juez constitucional la facultad de adoptar medidas provisionales cuando la urgencia del caso lo requiera.
- Relación con otros poderes del Estado y control del Tribunal
- El control sobre el Tribunal se realiza por la vía de la designación de los magistrados; por la vía de la expedición de leyes especiales (orgánicas o estatutarias) que integran el boque de constitucionalidad y guían la interrelación del Tribunal, pero que en todo caso están sometidas al control constitucional; por la vía de la opinión pública y de la comunidad jurídica; y, en caso extremo por la vía de la reforma constitucional.
- El Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución. En consecuencia, la Constitución no puede autorizar al legislador para hacer una ley de interpretación constitucional que pueda desplazar la competencia del tribunal.
- Para limitar los conflictos con los órganos políticos se pueden implementar técnicas de reenvío de la norma estudiada al órgano político para que sea este quien la adecue a la Constitución. Todo con control posterior del Tribunal.

7. Para garantizar la seguridad jurídica deben existir mecanismos que permitan la coordinación entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria. Sólo si el

Tribunal reúne plenas garantías de independencia e imparcialidad, le pueden ser asignadas las siguientes funciones:

- Resolver las cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por los otros jueces, tribunales y Cortes
- Resolver, en casos excepcionales, los amparos contra decisiones judiciales de última instancia, exclusivamente por violación manifiesta de un derecho constitucional fundamental. La decisión sobre un amparo interpuesto contra sentencias de las mas altas cortes debe estar precedida de un estudio de la propia Corte y ser adoptada por e pleno de TC. Sobre la discusión y posibles formas de reglamentación del amparo contra decisiones judiciales, ver el anexo 2 de este documento.

8. Para asegurar la seguridad jurídica es importante que la doctrina constitucional que surja de las decisiones del Tribunal deba ser tenida en cuenta por los restantes servidores públicos.