

La acción de inconstitucionalidad como proceso voluntario¹

*The Unconstitutionality Action Understood
as a Voluntary Jurisdiction Process*

L'action de Déclaration d'inconstitutionnalité comme procès volontaire

Luis Felipe Vivares Porras²

Resumen

El presente escrito constituye una invitación al estudio de la acción de inconstitucionalidad desde la óptica del proceso de jurisdicción voluntaria. Para tal efecto, se sale del discurso teórico que en la actualidad estudia la materia —el autodenominado *Derecho Procesal Constitucional*— y retorna a la Teoría General del Derecho Procesal, con el objetivo de explicar una de las principales instituciones del Estado Constitucional de Derecho, a la luz de un proceso cuya finalidad no es la composición del litigio, sino la prevención del mismo. Bajo esta premisa, comienza el texto definiendo el concepto de proceso de jurisdicción voluntaria, pasa a estudiar la prevención de la *litis* por la vía del proceso antedicho, luego se concentra en la acción de inconstitucionalidad y en su amalgamación con el proceso voluntario, concluyendo que solamente puede entenderse la acción de inconstitucionalidad como un proceso jurisdiccional, si se le considera una expresión de los procesos voluntarios.

Palabras claves: derecho procesal, jurisdicción, *litis*, constitución, control de constitucionalidad.

1 El presente artículo hace parte de una investigación más amplia titulada “La enseñanza del Derecho Procesal en el siglo XXI”, adelantada por el autor como profesor del área de Derecho Procesal en la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de las Universidad Pontificia Bolivariana. Su objetivo consiste en trazar unos parámetros para los programas de las asignaturas de Derecho Procesal General y Acciones Constitucionales.

2 Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente del área de Derecho Procesal en la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: lfivares@yahoo.com

Este artículo fue recibido el día 25 de agosto de 2009 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 10 del 2 de diciembre de 2009.

Abstract

The present document is an invitation to the study of unconstitutionality action from the viewpoint of the voluntary jurisdiction process. For this purpose, it is out of the theoretical speech that at present studies the matter (itself called Constitutional Procedural Law) and returns to the General Theory of the Procedural Law, in order to explain one of the main institutions of the Constitutional State of Law, lighted by a process whose purpose is not the composition of the dispute, but the prevention of it. Under this premise, the text begins defining the concept of voluntary jurisdiction process, it continues considering the *litis* prevention through the above named process, then it focuses on the action of unconstitutionality and in its union with the voluntary process, concluding that the action of unconstitutionality can be only understood as a jurisdictional process if it is considered an expression of voluntary processes.

Keywords: procedural law, jurisdiction, *litis*, Constitution, control of constitutionality. Résumé

Cet article est une invitation à l'étude de l'action d'inconstitutionnalité du point de vue du procès de juridiction volontaire. À cet effet, l'article prend distance du discours théorique qui étudie actuellement cette action –dont des théoriciens désignent Droit Processuel Constitutionnel- et retourne à la Théorie Générale du Droit Procédurale. L'auteur vise à expliquer l'une des principales institutions de l'État Constitutionnel de Droit, à la lumière d'un procès dont la finalité n'est pas la composition du litige, mais la prévention du même. Sous cette prémisse, le texte commence par définir le concept du procès de juridiction volontaire. Deuxièmement, l'auteur étudie la prévention du litige par le biais dudit procès. Troisièmement, l'auteur analyse l'action d'inconstitutionnalité et son amalgamation avec le procès volontaire, pour conclure que l'action d'inconstitutionnalité peut être seulement comprise comme un procès juridictionnel, si celle-ci est considérée une expression des procès volontaires.

Mots clés : Droit procédural, juridiction, *litis*, Constitution, contrôle de constitutionnalité.

Sumario

1. Premisa. 2. El proceso voluntario. 3. Prevención del litigio por el proceso

voluntario. 4. El proceso voluntario de control de constitucionalidad. 5. Conclusión. Referencias.

1. Premisa

Nos encontramos en el comienzo, en el amanecer de una disciplina procesal que promete un florecimiento inusitado, por la trascendencia que sus principios tienen para la salvaguardia de la Constitución, de cuya integridad depende la vida misma de la sociedad y la de sus instituciones más preciadas (Fix Zamudio, 1955, p. 62).

Así celebraba Héctor Fix Zamudio, hace más de 50 años, lo que para él era el advenimiento de una nueva disciplina: el Derecho Procesal Constitucional. Desde entonces, la más prolífica literatura sobre la materia ha llenado los anaqueles de las bibliotecas jurídicas³; en las Facultades de Derecho han aparecido asignaturas relativas a esta nueva rama, llamadas ora con imprecisión ora con inspiración: “Acciones Constitucionales”, “Justicia Constitucional”, “Derecho Constitucional Procesal”, etcétera; algunos Estados han sancionado códigos procesales constitucionales, como es el caso de Perú, que a través de la ley número 28.237, expidió un código con tal rúbrica; en fin: un sinnúmero de movimientos se desplegaron (y lo siguen haciendo) en honor de este nuevo saber. Sin embargo, los resultados producidos por éstos no alcanzan, aún, las expectativas generadas. Prueba de ello —entre otras— es el profundo y frío silencio que impera en los ámbitos de esta dogmática, al inquirirle por la naturaleza jurídica de esos institutos que llama “acciones constitucionales”.

Me parece que uno de los muchos motivos que pueden explicar esta situación, se encuentra en una *no* muy afortunada decisión de los defensores de esta disciplina⁴: en su afán por demostrar la autonomía científica de sus discursos, los sustrajeron del Derecho Procesal, privándolos de la precisión y solidez conceptual que aportaba esta larga y colectiva experiencia científica. Decidieron estos *procesal-*

3 Un extenso índice de obras relativas al derecho procesal constitucional se encuentra en Gozáini (2006).

4 Con algunas importantes excepciones, como es el caso del jurista peruano Domingo García Belaunde (2001, p. 9), quien sostiene que el llamado Derecho Procesal Constitucional no es más que una rama del Derecho Procesal, es decir, una sub-rama jurídica.

constitucionalistas reinventar todo el piso teórico que ha de soportar sus particulares creaciones, experimentando tanto éstas como sus creadores lo que experimenta cualquier ser nuevo en este mundo: candidez, imprecisión, vacío, temor.

Creo, entonces, necesario propiciar un retroceso, un retorno al punto de partida, una vuelta al Derecho Procesal. Para tal efecto, intentaré explicar la naturaleza jurídica de la institución reina del Derecho Procesal Constitucional —la acción de inconstitucionalidad— a la luz de los postulados básicos de la ciencia procesal. Así, mostraré como la vieja dogmática procesal ya hizo lo que la nueva disciplina con sus nuevas creaciones teóricas no ha logrado hacer (explicar la naturaleza jurídica de los institutos con los que trabaja) y, de paso, demostraré lo innecesario que resulta acudir a nuevos conceptos para explicar una institución que, pese a su constante actualidad, no pasa de ser una manifestación especial de la potestad jurisdiccional del Estado.

La premisa que revestirá todo este trabajo es la siguiente: la acción de inconstitucionalidad *puede* —pero sobre todo *debe*— explicarse como una manifestación especial del proceso voluntario. Adviértase que acá no se pretende innovar en el mundo del Derecho: tan sólo quiero recordar meditaciones que antes ya realizaron conspicuos pensadores. Francesco Carnelutti, por ejemplo, concibió hace más de 50 años la posibilidad de integrar al proceso voluntario la acción de inexequibilidad por inconstitucionalidad; en su obra *Derecho y Proceso* de 1971, comentando la opinión de otro connotado exponente del Derecho Procesal (Mauro Cappelletti) el maestro italiano nos dice lo siguiente:

Más interesante todavía considero la investigación, bajo este perfil, de la naturaleza del proceso constitucional; si tal investigación debiese conducir al reconocimiento de su carácter voluntario, como también a mi me parece probable, la solución podría sugerir una reforma del instituto en el sentido de liberarlo del presupuesto de un proceso precedente, en el curso del cual surja la cuestión sobre la legitimidad de una ley que debiera ser aplicada allí: en verdad, la certeza sobre la legitimidad de una ley tiene tal importancia para el orden jurídico que trae cuenta facilitar el medio para procurarla, aun disponiendo las cosas en modo de impedir la proposición de demandas desatinadas (p. 446).

Si es posible ver la acción de inconstitucionalidad como una forma especial del proceso voluntario, debe decidirse por esta opción sin reservas, tanto por

una razón teórica como por una práctica. La primera consiste, en esencia, en lo siguiente: esta manera de entender el proceso de legitimidad constitucional es la única que permite encuadrarlo, con rigor científico, dentro de la categoría jurídica de *proceso jurisdiccional*. Comprendo que esta afirmación puede causar cierta extrañeza, principalmente en aquellos que no han visto en la jurisdicción voluntaria cosa distinta al ejercicio de la función administrativa; sin embargo, más adelante veremos cómo el proceso voluntario es, sin lugar a dudas, una expresión de la potestad jurisdiccional y es allí donde la acción de inexecutable encuentra un lugar exacto dentro del Derecho.

La razón práctica se traduce en la posibilidad de resolver problemas típicos de interpretación en el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, como son las antinomias y las lagunas jurídicas, pues frente a ellas será posible acudir a las reglas que regulan al proceso de jurisdicción voluntaria y, de ser preciso, a los principios básicos del Derecho Procesal que, a más de regular la función y estructura del proceso voluntario, dirigen toda la actividad jurisdiccional del Estado.

No es improbable, por demás, que las opiniones planteadas en este escrito adolezcan de ciertas imprecisiones. Empero, solamente sometiendo estas ideas a la criba impersonal y desapasionada del debate académico, se logrará lo que, en últimas, busca cualquier ejercicio intelectual: el perfeccionamiento de los conceptos. Por tanto, espero que este escrito, más que convencer a mentalidades recias, impulse al lector a investigar más sobre los temas aquí tratados, en fuentes mayores y mejores que el autor de este pequeño ensayo. Sólo así se producirán, a la larga, buenos conceptos que, al repercutir en la práctica, la vayan mejorando.

2. El proceso voluntario

Para comprender la naturaleza del proceso voluntario, primero me remitiré al concepto de litigio, pues éste es el pivote fundamental sobre el cual gira toda la Teoría del Derecho Procesal. Como el litigio no es más que una especie del género próximo *conflicto de intereses*, partiré de éste para alcanzar una idea integral de los conceptos mencionados.

El conflicto de intereses se entiende mejor si se disgregan sus elementos: interés y conflicto. Interés es el nombre que recibe la relación existente entre un hombre

que soporta una necesidad y un bien apto para satisfacer dicha necesidad. Que el interés es una relación, se colige de la propia expresión latina de la cual deriva esta palabra: *quod inter est*. Entendido así, se comprende con facilidad la definición que de este concepto da Carnelutti (1993).

Interés no significa un juicio, sino una posición del hombre, o más exactamente: *la posición favorable a la satisfacción de una necesidad*. La posesión de alimento o del dinero es, ante todo, un interés, porque quien posee uno u otro está en condiciones de satisfacer su hambre (p. 11).

La economía enseña, por su parte, que los bienes son insuficientes para satisfacer todas las necesidades de los hombres, las cuales, por el contrario, parecen infinitas. Este contraste entre la finitud de los bienes y la infinitud de las necesidades deviene, por desgracia, en un conflicto de intereses, ya que el interés de un sujeto excluye el de otro, o lo que es lo mismo, la posición favorable para la satisfacción de una necesidad, es incompatible con la posición favorable de un sujeto distinto para satisfacer otra necesidad (Carnelutti, 1993: 2003).

Definido el concepto de conflicto de intereses, ascenderé un escaño más para arribar al de litigio. Aquel se torna en éste, cuando uno de los titulares de los intereses en conflicto aspira a la tutela jurídica mediante una pretensión y el otro resiste o lo contradice (Carnelutti, 1952, p. 12; Alvarado, 2004, p. 13). En pocas palabras: el conflicto deviene en litigio, cuando las partes del conflicto actúan como contendores, rivales, antagonistas, uno auto-atribuyéndose un derecho⁵ sobre el bien en conflicto y el otro resistiendo a dicha auto-atribución.

El litigio, al ser una contienda, poco le falta para poner en peligro la paz social. A efecto de garantizarla, el Estado, mediante un proceso contencioso en el que se ejecuta la potestad jurisdiccional, *compone* el litigio, *usualmente* (y recuérdese esta palabra por lo que se dirá unas líneas más adelante) aplicando una norma general y abstracta por vía de una norma particular y concreta. Aparece el Derecho de este modo como un gran engranaje de *leges generalis* completadas por *leges specialis*, que componen los litigios surgidos en el seno de la sociedad, con el objetivo

5 Dice Couture (2002): “La pretensión (*Anspruchm, pretesa*) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica” (p.59).

máximo de lograr la paz.

Ahora bien: el proceso en el que se ejerce la *jurisdicción voluntaria* es un proceso que no contiene un litigio, no existen partes enfrentadas, no hay pretensión ni resistencia a la misma. Cuando un padre quiere enajenar el bien inmueble de propiedad de un hijo menor (véase los artículos 303 del Código Civil colombiano y 649 núm. 1 del Código de Procedimiento Civil colombiano) o una pareja quiere adoptar a un niño (véase los artículos 88 al 128 del decreto 2737 de 1989), no hay vestigio alguno de litis: ni el padre ni la pareja tienen un contendor frente a ellos y, sin embargo, deben acudir al juez para que éste los *autorice* a realizar los actos que persiguen. Bajo estos supuestos, el proceso voluntario se perfila como un trámite de *autorización* o *aprobación* de actos, de negocios, de quehaceres.

Esta nota definitiva de la jurisdicción voluntaria ha puesto a dudar a la doctrina en torno a su propia naturaleza jurisdiccional. Y es que, para comprender a cabalidad la figura del proceso voluntario, no basta haber considerado que el mismo opera sin litis: a lo sumo, se habrá entendido el porqué de su denominación —voluntario— en contraste con la que recibe el proceso que sí contiene un litigio: contencioso (mencionado unas cuantas líneas atrás). El problema, como lo advierte Carnelutti (1971, p. 71), no se encuentra en el adjetivo, sino en el sustantivo: la dificultad consiste en saber si al hablar de proceso voluntario aún estamos en los contornos del proceso jurisdiccional, o si por el contrario, hemos emigrado a esferas distintas.

Al respecto, no han faltado voces autorizadas que ven en la jurisdicción voluntaria una manifestación de la función administrativa atribuida a los órganos jurisdiccionales. Transcribo la opinión de Enrico Allorio (1963), pues creo que ella contiene una síntesis completa de aquellas voces:

La dilucidación que yo anticipo acerca de la jurisdicción voluntaria se desarrolla sobre la base de la contraposición clarísima de la función que se despliega en los procedimientos voluntarios, entendida como función administrativa despachada por órganos de la jerarquía judicial y no del orden administrativo, a la función propiamente jurisdiccional (p. 14).

Paralela a las voces anteriores, ha surgido una voz distinta, subterránea, una voz que sí admite el carácter jurisdiccional del proceso voluntario, una voz que advierte

que la jurisdicción, entendida en el más palmario de sus sentidos —dicción del derecho— no sólo significa *composición* de litigios, sino también *prevención* de los mismos. La sentencia de un juez, creadora de certeza en torno a las especificidades de las relaciones jurídicas coordinantes de la conducta humana (esencia, para algunos⁶, de la jurisdicción), sirve tanto para componer un litigio actual, como para prevenir litigios virtuales. Así, cuando como consecuencia de un proceso voluntario se somete a interdicción por demencia a un individuo, no se ha compuesto un litigio presente, sino que se ha evitado el litigio futuro que pudiera surgir entre éste y un tercero que llegara a contratar con él; o cuando el juez verifica y autoriza la enajenación de un inmueble de un hijo menor, impide que en el futuro aparezca una relación litigiosa entre el hijo y sus padres por cuenta de tal enajenación.

Pero: ¿Qué hace jurisdiccional y no administrativa la prevención del litigio ocurrida por la vía del proceso de jurisdicción voluntaria? La respuesta se encuentra en la *forma* de la prevención: en la administración son las propias partes del litigio las que previenen o componen el mismo; en el específico caso de la potestad administrativa pública, el Estado —obrando por medio de uno de sus órganos— opera sobre un litigio del cual él es una de las partes, por lo que puede afirmarse que la función administrativa siempre se ejerce *inter partes*. En la jurisdicción, en cambio, el Estado —representado en el juez— regula un litigio del que él no es parte (de allí que se hable del desinterés objetivo⁷ o, con más sencillez, de imparcialidad⁸ como nota esencial de la función jurisdiccional): se ubica *arriba* de los destinatarios del fruto de la potestad jurisdiccional y, en colaboración con los mismos, produce

6 Al respecto, resulta interesante considerar la definición de jurisdicción que trae Dante Barrios de Angelis (2002, p. 127): “(...) es jurisdicción el poder-deber conferido a órganos imparciales -estructural y funcionalmente- susceptible de establecer el grado máximo de certeza oficial —y eventualmente la cosa juzgada—, excluyendo la insatisfacción jurídica, en método contradictorio”.

7 “La Jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas, y respecto de las cuales está desinteresada objetivamente. No trata de tutelar un interés propio. Con la actuación del derecho no pretende trascender a otros fines; su potestad se reduce a la aplicación de derecho en asuntos de otros” (Montero *et al.*, 2003, p. 120)

8 “Para establecer, aunque sea *cum grano salis*, un cierto paralelismo, puede decirse que así como hay una legitimación de la parte, establecida en (sic) base al interés, también se puede configurar una legitimación del juez, establecida en (sic) base al desinterés; y el mejor juez es el que ofrece en concreto la mayor garantía de imparcialidad. (...) Pero es preciso añadir que, a diferencia de la parte, la legitimación concreta del juez no puede establecerse sino en modo negativo, desde que el juez, en abstracto, por el solo hecho de ser juez, elegido con todas las garantías posibles, tiene una legitimación genérica. O sea que puede sólo decirse que el juez, y ese juez determinado, no tiene legitimación, cuando no tiene o se presume que no tenga, la necesaria imparcialidad” (Satta, 1971, 62).

un mandato cuyo objeto es prevenir o componer un conflicto concreto de intereses. Vistas así las instituciones, resulta difícil seguir insistiendo en la naturaleza administrativa de los procesos de jurisdicción voluntaria: éstos, al igual que los llamados procesos contenciosos, implican el ejercicio de una potestad por parte de un tercero imparcial sobre los destinatarios de la norma jurisdiccional.

Podría refutarse, desde otro punto de vista (no muy común, hay que admitirlo), que la prevención del litigio es el objetivo propio de la legislación, pues ¿para qué leyes si no están dirigidas a evitar litigios? Al respecto es necesario hacer las siguientes precisiones: en primer lugar, debe advertirse que la materia prima habitual de la legislación, a diferencia de lo que ocurre con la jurisdicción o la administración, no es la litis sino el conflicto de intereses. Enfrente al legislador no se encuentran unas personas concretas con una oposición real que resolver: él trabaja con abstracciones y generalidades, con arquetipos situacionales y modelos de hombres. No regula vidas específicas: regula expectativas, supuestos, hipótesis. Cuando el legislador habla, no lo escuchan las partes de un litigio: él habla para todos y ninguno en especial, él dirige su voz a la otredad, sin estar ésta individualizada.

El juez de la jurisdicción voluntaria obra de manera distinta: él sí tiene enfrente de sí a los protagonistas de un litigio (al menos a una de las futuras partes del mismo), pero no actual sino contingente. Él tiene bajo sus ojos una serie de elementos que pueden indicarle la probabilidad de un litigio, para lo cual habrá de disponer medidas preventivas. Ni los sujetos ni el objeto a regular son generales y abstractos como en la legislación: aquí son personas concretas, viviendo vidas específicas, que pudieren estar *ad portas* de un litigio, debiendo ser éste prevenido mediante un mandato proveído por el juez.

Puede decirse, en conclusión, que el proceso voluntario es jurisdiccional tanto desde su función como desde su estructura: *funcionalmente*, porque obra en un sentido idéntico al proceso contencioso, a saber: hacia la represión de la litis, mas no de la ya ocurrida, sino de la que puede ocurrir; *estructuralmente*, porque implica el ejercicio de una potestad por parte de un tercero imparcial.

3. Prevención del litigio en el proceso voluntario

Se entenderá que no se cuenta con el espacio preciso para comentar todas las particularidades referidas al proceso voluntario. Sin embargo, es necesario para alcanzar el objetivo que nos impone la premisa propuesta, pronunciarme en torno a la forma como la jurisdicción voluntaria previene el litigio.

Para despejar esta cuestión, se hablará primero, aunque sea de paso, la naturaleza de aquella norma particular fruto de la jurisdicción. Suele decirse que ésta estriba en una aplicación de una norma general y abstracta al caso concreto, lo que significa que la norma jurisdiccional no es más que la versión individualizada de la norma legislativa. Desde este punto de vista, la jurisdicción es al caso concreto lo que la legislación es para el supuesto abstracto, o lo que es lo mismo: la jurisdicción se explica como una prolongación de la potestad legislativa en un fragmento específico, individualizado, único de la vida.

Sin embargo, cualquier práctico (y quizá algún teórico que haya experimentado alguna vez la vida forense) podrá nombrar casos en los que una sentencia no es, *stricto sensu*, la manifestación concreta de una ley y, aun así, no puede tildársele de ilícita ni, mucho menos, de *no-sentencia*. Un ejemplo claro al respecto es la sentencia que contiene una decisión en equidad, posible en nuestro ordenamiento procesal en virtud del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, o la fundada en principios técnicos, permitida en el proceso arbitral en razón del artículo 121 del Decreto 1818 de 1998: en ninguno de estos casos la norma jurisdiccional significa la aplicación de normas generales y abstractas creadas por el legislador, pero el acto sigue siendo considerado una sentencia contentiva de una norma jurisdiccional. Esta circunstancia, aunque esté afincada en supuestos que pudieren considerarse excepcionales, demerita el concepto de la jurisdicción como simple aplicación de la legislación; a lo sumo, puede decirse que *usualmente* la jurisdicción aplica normas legislativas, mas ésta no es su esencia. Se hace necesaria otra explicación de lo que es la potestad jurisdiccional, una que se pose sobre el fenómeno y lo explique mejor.

Me parece que comienza a asomarse una idea más satisfactoria de la juris-

dicción⁹, si cambiamos la expresión “aplicar” por “completar”. Este cambio de palabra¹⁰ tiene más importancia de la que podría creerse: si el juez *completa* y no simplemente *aplica* el derecho legislativo, entenderemos por qué frente a ciertos litigios debe acudir a razones de equidad o a reglas técnicas para pronunciar su sentencia: a veces, el litigio exige la utilización de criterios meta-jurídicos para *dejarse* componer o prevenir. Además, si el juez se entiende como integrador de la labor legislativa, viéndosele como un acompañante del legislador, ubicado al lado y no debajo de éste, no sólo rendiremos un justo tributo a los principios de la separación de los poderes públicos y la independencia judicial, sino que también el ordenamiento jurídico se mostrará como un todo orgánico, sistémico, en el que todos sus componentes se encuentran unidos por relaciones de colaboración e inter-limitación.

Que el juez complete el Derecho y, especialmente, la norma del legislador, quiere decir que agrega una o más notas a los elementos de ésta. En pocas palabras: enriquece el juez con su sentencia el fruto del trabajo legislativo. Este enriquecimiento puede operar de distintas maneras: la más común de ellas es la identificación, en un caso concreto, de los elementos de la norma; otra es la de efectuar esta misma especificación pero a una escala mayor, ya no refiriéndola a un par de individuos involucrados en un litigio, sino a un grupo de éstos; tenemos, por otro lado, la fijación de una interpretación vinculante de la norma para uno, varios o todos

9 Digo que “comienza a asomarse” pues lo afirmado en esta apartado dista mucho de ser una elaboración teórica exhaustiva del concepto de jurisdicción. Por falta de espacio pero, sobre todo, por respetar los linderos del objeto propuesto, no puedo tratar cada uno de los elementos de la jurisdicción: me limitaré a resaltar las notas de la jurisdicción que más conviene tener en cuenta al momento de querer ver en la acción de inconstitucionalidad un proceso voluntario.

10 No inventado con ocasión de este texto; recuérdese el siguiente comentario de Couture (2002, p. 250): “Comienza el movimiento por cierta doctrina de filiación hegeliana que afirma que la sentencia tiene una significación particular en el sistema del derecho: la ley como tal, comienza por sostenerse, no es verdaderamente un ordenamiento jurídico completo, sino algo así como un diseño, un proyecto de ordenamiento jurídico ansiado para lo futuro; es la sentencia, o el conjunto de sentencias, que vienen a realizar la efectividad de este ordenamiento: “no sólo la ley, sino la ley y la función judicial son las que dan al pueblo su derecho (Bülow)”. Por otra parte, la sentencia como complemento hace recordar la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos mencionada por Breccia, Umberto; Bigliuzzi Geri, Lina; Natoli, Ugo; Busnelli, Francesco D. (1992, pp. 5 – 7).

los litigios que se pretendan regular con la misma: es acá donde creo que se ubica la función preventiva de la jurisdicción. El juez, en la jurisdicción voluntaria, se anticipa a los destinatarios de las normas, indicándoles la interpretación correcta de éstas. Consecuencia de dicha hermenéutica obligatoria es la autorización que da el juez para comportarse de uno o varios modos —se entiende: modos acordes con la hermenéutica vinculante— excluyendo los demás posibles.

Puede concluirse, pues, que la actividad preventiva de la litis que se cumple en el proceso voluntario radica, en primer lugar, en la instauración de una interpretación obligatoria de la norma y, en segundo lugar, en la indicación de la conducta a seguir por parte del destinatario de dicha interpretación para que éste no la vaya a vulnerar y así crear un litigio.

4. El proceso voluntario de control de constitucionalidad

Pasemos ahora a la otra institución que nos ha convocado en este escrito: la acción de inconstitucionalidad, la cual, desde su propia definición, nos aboca al concepto de Constitución.

La palabra “Constitución”, en forma análoga a lo que sucede con otros conceptos del Derecho considerados fundamentales, encierra diversos matices de significado. Sin embargo, a cada uno de ellos (o al menos, a la mayoría de los mismos) los une, cual agente aglutinante, una misma ideología: la necesidad de limitar el poder político representado, principal mas no exclusivamente, por la ley (Aragón, 1998; 1999). Desde este común denominador, la Constitución no sólo es pensada como la *causa eficiente* de un ordenamiento jurídico específico, sino también como su *causa final*, es decir, como la pauta teleológica que recorre todo el dintorno de un ordenamiento, delimitando cada una de sus expresiones.

Ahora bien: para que una Constitución sirva de instrumento de contención del poder, se requiere que el ordenamiento se *constitucionalice*, o sea, que la Constitución impregne todas las expresiones del Derecho y, en general, del Estado. Para ahondar en claridad, cito la definición que del fenómeno de la “constitucionalización del ordenamiento” propone Riccardo Guastini (2003):

[Es] un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del

cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales (p. 153).

Según este mismo autor, la constitucionalización de un ordenamiento depende de ciertas “condiciones necesarias”. Dejando este profundo problema para otra ocasión, creo que puede afirmarse que una de estas condiciones radica en la rigidez de la Constitución¹¹. Si la Carta Fundamental no es rígida, o dicho en otras palabras, si puede reformarse por los medios ordinarios habidos para la modificación o abrogación de cualquier otra norma, es imposible que cumpla con su función represora del poder político; por el contrario, este último la usaría de “carta de batalla”, de instrumento canalizador de sus objetivos, variándola cada vez que fuere necesario.

No basta, sin embargo, que la rigidez esté formalmente establecida: es necesario que exista algún tipo de control de conformidad de las leyes con la Constitución, o sea, es necesaria alguna forma de *control de constitucionalidad*. Es por esto que en los ordenamientos en los que se concibe la Constitución como un instrumento normativo rígido, suelen estatuirse diversas modalidades de control de constitucionalidad, entre las cuales se encuentra la *acción de inconstitucionalidad*, que es la modalidad de control que se lleva a cabo *judicialmente*.

Ahora bien, creo que hay una cuestión significativa, vital, aún poco explorada pero esencial para comprender a cabalidad la figura de la acción de inconstitucionalidad: ¿es una manifestación de la potestad jurisdiccional el control ejercido por un juez en la acción de inconstitucionalidad? Me explico: ya se dijo que estamos en sede judicial al hablar de “acciones de inconstitucionalidad”, pero todavía falta discernir si esta particular actividad desempeñada por los jueces es una forma de

11 Dice Vladimiro Naranjo Mesa (1994, p. 295): “La Constitución rígida o firme, es aquella cuyas disposiciones solamente pueden ser modificadas mediante procedimientos especiales y con la intervención de un órgano calificado para tal efecto. Esta variedad sólo puede darse dentro del contexto de la Constitución en sentido formal. De ella surge una distinción entre poder legislativo ordinario y poder constituyente derivado o de revisión constitucional. La rigidez también puede provenir de una cláusula que prohíba una revisión de la Constitución por un periodo de tiempo determinado”.

jurisdicción o si, por el contrario, es la expresión de otra potestad distinta. Kelsen (2001), por ejemplo, calificó la actividad desarrollada por un tribunal constitucional de “legislación negativa”. En uno de sus escritos más importantes, el maestro austriaco dice lo siguiente:

Ahora bien, anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo (p. 54).

Otra opinión, un poco más confusa y extrema, fue la que propugnó Miguel Moreno Jaramillo. En su opinión, el juez constitucional, al resolver una acción de inconstitucionalidad, asume una función “legislativa-judicial-constituyente” (citado por Dueñas Ruiz, 1997, p. 37). En España, Rubio Llorente y Aragón Reyes (1980, p. 839) ponen en entredicho la naturaleza jurisdiccional de la actividad ejercida por el tribunal constitucional (especialmente en tratándose de control previo de constitucionalidad), exhortando a que la misma se denomine “consultiva”. En fin: es aún un problema la definición de la naturaleza jurídica de la potestad ejercida por un juez en la acción de inconstitucionalidad.

Como problema que es, está urgido de una solución. Estoy convencido de que estaremos a un paso de encontrarla, si comenzamos por analizar el concepto de la acción de inconstitucionalidad únicamente bajo la lupa del Derecho Procesal, esto es, excluyendo los discursos que sobre este instituto se dicen desde el Derecho Constitucional, la Ciencia Política, la Sociología, etcétera. Esto así, en un intento de “purificación” metodológica: nada tiene que decir el Derecho Constitucional, por ejemplo, en relación con la “jurisdiccionalidad” del control judicial de la Constitución, pues éste es un asunto que se resuelve sólo con los materiales teóricos con los que trabajamos los obreros del proceso.

Desde esta estricta óptica, lo primero que hay que decir es que la expresión “acción de inconstitucionalidad” es equívoca y equivocada. Podría creerse que en esta materia sucede algo similar a lo ocurrido tradicionalmente en los terrenos del Derecho Civil: el derecho de acción es confundido con un procedimiento o con la pretensión formulada dentro de un proceso. Así, es común encontrar a un civi-

lista hablando de “acciones ordinarias”, “acciones sumarias”, “acción publiciana”, “acción *quanti minoris*”: en los dos primeros casos ha confundido la acción con el procedimiento, en los dos últimos, la acción con la pretensión. Sin embargo, en sede de la acción de inconstitucionalidad no podemos decir lo mismo: ésta no da a entender ni un procedimiento ni una pretensión. Por un lado, no es posible decir que esta “acción” es, en realidad, un solo procedimiento; por el contrario, un ordenamiento normalmente cuenta con diversos tipos procedimentales para la acción de inconstitucionalidad (a mi entender, las tipologías del control judicial de la Constitución que plantea la doctrina constitucionalista¹², no son más que expresiones de diversos procedimientos); por otro, no puede hablarse de “pretensión de inconstitucionalidad” sin desfigurar el concepto de pretensión, que sea como se defina, siempre implica la existencia de unas partes contendientes, en la que una exige que el interés de la otra se subordine al propio (Carnelutti, 1993, pp. 44-46; Fairén, 1955), lo que no ocurre en esta materia, salvo que se quiera acudir a una forzosísima ficción y ver al órgano legislativo como la parte contra quien se pretende. Esta acción constitucional, entonces, no puede entenderse ni como procedimiento ni como pretensión.

Pero en este estado de imprecisión desbordante que en temas procesales pervive el civilista, subsiste otra “importante” confusión: aquella que se presenta entre acción y proceso. Léase bien: hablo del *proceso* y no del *procedimiento*, al cual ya me referí. Proceso es el fenómeno, el evento, la ocurrencia que aparece en el mundo y lo transforma; procedimiento es el trayecto preestablecido para ejecutar dicha transformación. Proceso es el conjunto de actos que aparecen y se consumen en la vida; procedimiento son tales actos sólo en potencia. El proceso es la realidad producida; el procedimiento es el mapa que guía la producción de esta realidad, mapa cuya esencia no alcanza a trasvasar los contornos de un simple concepto. Esta diferencia es análoga a la existente entre el tipo penal y el delito positivamente consumado, o entre el tipo contractual contenido en un código y el contrato que, en efecto, celebran dos personas: el procedimiento es el tipo, el modelo; el proceso el hecho¹³. Pues bien: a veces, por querer decir proceso, el civilista habla de “acción”. Creo que lo mismo ocurre en el tópico que nos convoca: al hablarse de “acción de inconstitucionalidad”, en realidad se quiere decir “proceso de incons-

12 Al respecto, véase entre muchos otros a Manuel Gaona Cruz (1988, pp. 30 – 47).

13 Consideraciones análogas se encuentran en Couture (1942, p. 79).

titucionalidad”, el cual es realizable mediante varios procedimientos distintos.

Como el proceso no es más que el *camino* necesario de la jurisdicción¹⁴, en el entendido de que ésta opera a través de aquel, se han propuesto tipologías procesales a partir de los distintos objetivos que pueden buscarse con el ejercicio de la jurisdicción. Es así como puede hablarse de proceso declarativo cuando el objetivo jurisdiccional es la declaración de certeza de las características de una relación jurídica; de proceso de ejecución cuando la jurisdicción busca ejecutar, esto es: realizar el *deber ser* que entraña toda relación jurídica; de proceso cautelar, cuando el fin de la potestad es garantizar la eficacia de los resultados arrojados por las otras clases de proceso; y de proceso voluntario, cuando el propósito ya no es componer sino prevenir la ocurrencia de un litigio. Cabe preguntarse, entonces, qué clase de proceso sería la acción de inconstitucionalidad, si, en realidad, ésta comporta el ejercicio de la jurisdicción.

Si ha sido entendible la línea argumental con la cual se ha confeccionado este artículo, la respuesta es evidente: el proceso voluntario. En la acción de inconstitucionalidad aparecen todas las notas características de esta clase de proceso; veamos algunas:

En primer lugar, no puede decirse que en esta acción constitucional se componga un litigio; más bien, se evitan litigios posteriores mediante la instauración de una o varias *interpretaciones vinculantes* de una norma a la luz de la Constitución o, si es el caso, por vía de la exclusión de dicha norma del ordenamiento cuando no es posible proponer para la misma una hermenéutica constitucionalmente admisible.

En segundo lugar, no puede decirse que en la acción de inconstitucionalidad el demandante proponga una pretensión, pues no resulta razonable argumentar que el actor de inconstitucionalidad se auto-atribuya un derecho específico (“derecho

14 Al respecto, considérese la siguiente reflexión de Juan Montero Aroca (2003, p. 290): “Si los órganos jurisdiccionales han de cumplir la función señalada constitucionalmente, y si no pueden hacerlo de manera instantánea, necesitan, en primer lugar, de un estímulo, de alguien que excite su actividad (acción) y, después, de la realización de una serie de actividades sucesivas en el tiempo, cada una de las cuales consecuencia de la anterior y presupuesto de la siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso. Este, por lo tanto, es el medio jurídico, el instrumento, con el que los órganos jurisdiccionales cumplen las funciones asignadas constitucionalmente”.

a la supremacía constitucional” por ejemplo); esta falta de pretensión es propia de los procesos voluntarios, dada la ausencia de litigio dentro del mismo, toda vez que hay litigio cuando, por lo menos, una de las partes del conflicto de intereses ha formulado una pretensión.

En tercer lugar, si no hay litigio ni pretensión, no hay partes contendientes en la acción que estudiamos, tal y como ocurre en todas las manifestaciones de los procesos voluntarios; no puede creerse, sin salirse de los cauces de lo razonable, que el demandante de un acción de inconstitucionalidad es un contendiente del creador de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona.

En cuarto lugar, en la acción de inconstitucionalidad, como en cualquier otro proceso de jurisdicción voluntaria, los efectos de la providencia no alcanzan la cualidad de la cosa juzgada. Ésta es indispensable en el proceso contencioso, en el que el litigio es actual y requiere de una composición definitiva. En el proceso de jurisdicción voluntaria, por el contrario, la necesidad de la cosa juzgada no se hace sentir, pues el objetivo no es regular una acción consumada, sino establecer una pauta para consumarla, pauta que puede variar si las circunstancias así lo ameritan. Podríase, en este punto, rebatírseme alegando que el artículo 243 de la Constitución consagra la “cosa juzgada constitucional”, a lo que yo diría que ésta no es más que una fórmula vacía: la Corte Constitucional se ha encargado de deformar hasta tal punto el concepto de cosa juzgada en tratándose de sus providencias, que perfectamente puede decirse que eso que llaman “cosa juzgada constitucional” es una entidad distinta a la “cosa juzgada”¹⁵.

15 Son muchos los ejemplos de esta deformación. Traigo a colación solamente unos cuantos: en primer lugar, tenemos el curioso concepto de “cosa juzgada aparente”. Ha dicho la Corte (Sentencia C-700 de 1999) que la cosa juzgada es apenas aparente, cuando la declaratoria de constitucionalidad de una norma, carece de toda motivación en el cuerpo de la providencia. En estos eventos “...la absoluta falta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de lo acusado...” tiene como consecuencia que la decisión pierda, “...la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto tan sólo supuesta y no verdaderamente debatido...” Es decir que en este caso es posible concluir que en realidad no existe cosa juzgada y se permite una nueva demanda frente a la disposición anteriormente declarada exequible y frente a la cual la Corte debe proceder a “... a resolver de fondo sobre los asuntos que en anterior proceso no fueron materia de su examen y en torno de los cuales cabe indudablemente la acción ciudadana o la unidad normativa, en guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.”. Por otra parte, tenemos la sentencia C – 447 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) donde la Corte expuso que: “... Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica – pues las

Profundícese un poco más en aspectos acá no mencionados del proceso voluntario, y se verá como el mismo se acomoda a la perfección a la acción de inconstitucionalidad. Por eso no debe dudarse en concluir que esta acción constitucional es, por una parte, una manifestación de la jurisdicción y, por otra, un ejemplo de proceso voluntario: el proceso que tiene por objeto evitar litigios surgidos por la aplicación de normas inconstitucionales.

5. Conclusión

Insisto en el *leitmotiv* que recubrió la totalidad de este escrito: la acción de inconstitucionalidad solamente puede entenderse como un proceso jurisdiccional si se le considera una expresión de la jurisdicción voluntaria. Pero esto nos obliga a contemplar el proceso voluntario allende a la opinión común: debemos verlo como un proceso ejecutor de la jurisdicción y no como un simple trámite administrativo surtido ante la judicatura. Para lograr esto, basta meditar en rededor de la expresión “jurisdicción”, *dicción del derecho*, pues así advertiremos que la misma no sólo remite al proceso componedor de litigios, sino también a aquel cuya función es prevenir los mismos.

Visto como proceso, problemas de índole dogmática y práctica encontrarán respuestas, si no mejores, sí más meditadas y más depuradas, pues las mismas estarán soportadas en una historia cargada de luchas intelectuales, de arduos esfuerzos conceptuales y de pocas pero retumbantes victorias en el campo práctico:

decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. ... Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y ante deban prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias... Se debe entonces aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica – que implica unos jueces respetuosos de los precedentes – y la realización de la justicia material del caso concreto – que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas -...”. Finalmente, en la sentencia C-492 de 2000, la Corte habló de “cosa juzgada relativa”, según la cual “...la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro...”.

la del Derecho Procesal.

Como se habrá visto, el presente escrito toma una clara posición en contra de doctrinas que adscriben los discursos de las acciones constitucionales al Derecho Constitucional o, en el peor de los casos, a aquella exótica pseudo-rama llamada “Derecho Procesal Constitucional”. Cualquier procedimiento calificado de “constitucional” por los ordenamientos jurídicos (especialmente por el nuestro) es explicable, criticable y realizable a la luz de los postulados de la ciencia procesal, siendo inútil la injerencia de cualquier otra dogmática jurídica. Entender estos fenómenos exclusivamente desde el Derecho Procesal, es la opción —dice Domingo García Belaunde (2001) — “(...) más acertada de todas; la más moderna y la que debe encarrilar los aspectos instrumentales de la disciplina. Es ésta la que tiene mayor predicamento, y a ella pertenece el porvenir” (p. 9).

Referencias

- Allorio, Enrico. (1963). *Problemas de derecho procesal*, Tomo. II. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Alvarado V, Adolfo. (2004). *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, primera parte. Santa Fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni.
- Aragón R., Manuel. (1998). *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____. (1999). *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Breccia, Umberto., Bigliuzzi G., Lina., Natoli, Ugo., & Busnelli, Francesco. (1992). *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Barrios de Angelis, Dante. (2002). *Teoría del Proceso* (segunda edición). Buenos Aires: B. de F.
- Carnelutti, Francesco. (1952). *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. II. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- _____. (1971). *Derecho y Proceso* (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- _____. (1993 reimpresión). *Sistema de Derecho Procesal*, Tomo I (Niceto Alcalá-Zamora y Castillo & Santiago Sentís Melendo, Trads.). Buenos Aires: U.T.H.E.A.
- _____. (2003). *Teoría General del Derecho* (Carlos G. Posada, Trad.). Granada: Colmenares.
- Corte Constitucional. (1997). Bogotá. Sentencia C – 447 de 18 de septiembre de 1997. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1999). Bogotá. Sentencia C-700 de 16 de septiembre de 1999. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. (2000). Bogotá. Sentencia C-492 de 4 de mayo de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Couture, Eduardo J. (1942). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Aniceto López.
- _____. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (cuarta edición). Buenos Aires: B. de F.
- Dueñas R., Óscar J. (1997). *Control Constitucional* (segunda edición). Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Fairén G., Víctor. (1955). *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Fix Zamudio, Héctor. (1955), *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*. México: UNAM.

La acción de inconstitucionalidad como proceso voluntario

- Gaona C., Manuel. (1988). *Control y Reforma de la Constitución en Colombia*. Bogotá: Ministerio de Justicia - Superintendencia de Notariado y Registro.
- García B., Domingo (2001). El derecho procesal constitucional (Antecedentes, concepto, contenido y perspectivas, en: García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Gozaini, Osvaldo A. (2006). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Guastini, Riccardo. (2003). La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: caso italiano. En Carbonell, Miguel. (Ed.). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara.
- Kelsen, Hans. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (Rolando Tamayo y Salmorán, Trad.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Montero, Juan., Gómez, Juan L., Montón, Alberto., Barona, Silvia. (2003). *Derecho Jurisdiccional*, (12ª edición). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Naranjo M., Vladimiro. (1994). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas* (5ta edición). Bogotá: Temis.
- Presidente De La República. Colombia. Código de Procedimiento civil.
- Presidente De La República. Colombia. Decreto 2737 de 1989.
- Presidente De La República, Colombia. Decreto 1818 de 1998
- Rubio, Fernando., Aragón, Manuel. (1980). La jurisdicción constitucional. En A.A.VV. *La Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas.
- Satta, Salvatore. (1971). *Manual de Derecho Procesal Civil* (Santiago Sentís Melendo & Fernando de la Rúa, Trads.). Buenos Aires: E.J.E.A.