

## **El control de constitucionalidad en Colombia: fracaso anunciado de la teoría francesa de los modelos de justicia constitucional\***

*The control of constitutionality in Colombia: announced failure of the French theory of the models of constitutional justice*

**Guillaume Tusseau**

Profesor de la Escuela de Derecho de Sciences

Po Paris, Francia

Miembro del Instituto Universitario de Francia

[guillaume.tusseau@sciencespo.fr](mailto:guillaume.tusseau@sciencespo.fr)

Recibido: 23/03/2022 Aceptado: 09/06/2022

DOI: 10.25054/16576799.3865

### **RESUMEN**

El presente artículo expone los criterios clásicos de distinción entre el modelo americano y el modelo europeo de justicia constitucional. A la luz del caso colombiano, el autor muestra los límites teóricos y prácticos de la presentación binaria de modelos de justicia constitucional y la necesidad de superar dichos modelos desde una óptica abierta de derecho constitucional comparado. En efecto, existen modelos mixtos o híbridos, más allá de los límites del Occidente, que deberían ser tenidos en cuenta bajo la lógica de una igual dignidad de todos los derechos positivos.

### **PALABRAS CLAVE**

Modelos de Justicia Constitucional; Control de Constitucionalidad; Derecho Constitucional Comparado.

### **ABSTRACT**

This article exposes the classic criteria of distinction between the American and European models of constitutional justice. In light of the Colombian case, the author shows the theoretical and practical limits of the binary presentation of models of constitutional justice and the need to overcome such models from an open view of comparative constitutional law. Indeed, there are mixed or hybrid models, beyond the limits of the West, which should be considered under the logic of equal dignity of all positive rights.

### **KEYWORDS**

Models of Constitutional Justice; Control of Constitutionality; Comparative Constitutional Law.

---

\* Artículo de reflexión.

Las reflexiones aquí presentadas resultan de las obras de mi autoría, a las cuales me permito remitir en la bibliografía de este artículo.

## INTRODUCCIÓN

Como cada jurista comparatista sabe, la comparación necesita herramientas idóneas para manejar y ordenar los datos que ofrece el derecho positivo. En materia de estudios sobre la justicia constitucional, a fines de dar cuenta de la variedad de sistemas que existen en el mundo, se ha impuesto en la doctrina jurídica francesa una metodología principal. La teoría de los modelos de justicia constitucional aparece dominante, en especial después de la obra del Decano Louis Favoreu de la Universidad de Aix-en-Provence. Tal y como se extrae de la producción doctrinal – manuales, artículos, cursos, etc. –, esta visión reposa sobre la dicotomía entre dos arquetipos que se oponen rasgo por rasgo.

El “modelo americano”, encarnado en la figura del juez John Marshall, Presidente de la Corte suprema de los Estados Unidos entre 1801 y 1835 y redactor de la célebre decisión *Marbury v. Madison* (5 US 137 (1803)), es innato a la práctica jurisdiccional propia de los Estados Unidos de América, donde el mecanismo del control de constitucionalidad de las leyes no se encontraba expresamente previsto en el texto de la Constitución de 1787. El mecanismo actualmente conocido como *judicial review* es, por tanto, fruto de las circunstancias y de la labor asentada por la jurisprudencia norteamericana a lo largo de décadas.

Este modelo se define en función de cuatro principales elementos.

(1) El control de constitucionalidad de las leyes es *descentralizado* o *difuso*, dado que éste le es confiado a todos los tribunales, con independencia de cuál fuera su posición en el organigrama de las instituciones jurisdiccionales y con independencia del tipo de litigio del que se ocuparan.

(2) Este control es *concreto*, dado que el juez decide acerca de la constitucionalidad con ocasión de la aplicación de una norma a un caso particular. Este control es además ejercido en el marco de un litigio que se presenta entre varias partes y, en este sentido, la Constitución norteamericana tan sólo confiere competencias al poder judicial cuando específicamente se trate de “cases” o “controversies”.

(3) El juez es encargado de tratar la cuestión de constitucionalidad por *vía de excepción*; es decir, a este no se le pide directamente decidir sobre la constitucionalidad de una norma, sino que, por el contrario, su intervención es requerida con ocasión de un litigio en el que una de las partes pone en duda la constitucionalidad de una determinada norma. La cuestión de constitucionalidad resulta ser por tanto accesoria a la resolución del litigio.

(4) La decisión judicial sobre la cuestión de constitucionalidad – tanto si la misma concluye con la inconstitucionalidad de la norma encausada como con su constitucionalidad – únicamente surte efectos *inter partes*. Esto último quiere decir que si la inconstitucionalidad es constatada, la norma encausada podrá resultar inaplicable a un caso concreto y solo en aquellos supuestos específicos en los que se plantea el problema ante el juez; por el contrario, cuando se den otras hipótesis, la misma norma se considerará posiblemente válida y podrá ser perfectamente aplicada.

A diferencia del anterior, el llamado “modelo europeo” parece resultar menos de la práctica jurisdiccional y debe principalmente su existencia a la construcción teórica de gran amplitud, sistemática y racional, del jurista austriaco Hans Kelsen, autor de la célebre *Teoría pura del Derecho*. Con base en su teoría acerca de la jerarquía de normas, Kelsen llega a la conclusión de que la secuencia en

la producción de normas inferiores por aplicación de normas superiores supondría necesariamente la instauración de un órgano de control de la validez de las primeras en relación con las segundas, todo ello con independencia de cuál fuera el rango específico de unas y otras en la jerarquía de normas. Diseñado de este modo en la teoría, el control de la constitucionalidad de las normas encontraría su primera concretización positiva en la Constitución austriaca de 1<sup>o</sup> de octubre de 1920 – en cuya redacción participó activamente Kelsen – y a la que el modelo europeo debe sus apelaciones alternativas tanto de “modelo austriaco” como de “modelo kelseniano”.

A imagen y semejanza del modelo anterior, este segundo modelo de control de constitucionalidad se construye en función de una serie de criterios definidores.

(1) El control de constitucionalidad es *centralizado* o *concentrado*. Un tribunal único, *ad hoc* y situado al margen del aparato jurisdiccional tradicional se ocupa de realizar esta tarea. En esta misión de estricta especialización, dicho tribunal ejercerá su labor de forma *excluyente* respecto a cualquier otro órgano y de forma *exclusiva* dado que ejercerá esta única función.

(2) Según este modelo, el control de constitucionalidad es *abstracto* ya que el litigio, directamente centrado en el análisis de la constitucionalidad de una determinada norma, se presenta al margen de cualquier otra cuestión jurídica alternativa. La labor del juez consiste, pues, ya no en resolver una posible controversia entre las partes, sino que su labor consiste más bien en confrontar las normas inferiores y superiores entre sí, independientemente de cualquier elemento factual concreto o de la aplicación específica de una norma a un caso determinado.

(3) El juez es competente para resolver la cuestión de constitucionalidad de las normas *por vía de acción*. En efecto, el juez es declarado competente no como consecuencia de un litigio anterior del que la cuestión de constitucionalidad constituiría un apéndice, sino que, por el contrario, el juez dispone de competencia para resolver directamente la cuestión de la conformidad de la norma encausada con la Constitución; es decir, el juez dispone de competencia para resolver los litigios de constitucionalidad de las normas a título principal e independientemente de cualquier otra cuestión.

(4) Según dispone este segundo modelo, la decisión que se promulgue sobre la cuestión de constitucionalidad de las normas tiene valor *erga omnes*. En efecto, la norma que se declara inconstitucional no será únicamente inaplicable a la situación o a la circunstancia en base a la cual dicha sentencia jurisdiccional es pronunciada, sino que la misma será anulada y, en consecuencia, radicalmente expulsada del orden jurídico.

A pesar de su difusión, dicha teorización padece de muchos inconvenientes científicos, teóricos e ideológicos. Más que todo, sufre de vicios empíricos debido a que no puede dar cuenta de los sistemas concretos que existen. Es precisamente el caso del derecho colombiano actual, tal y como fue diseñado en la Constitución de 1991, cuyo aniversario se celebra. Lo más destacable es que Colombia se ha apartado de los “modelos” hace años. Así, desde hace mucho tiempo, es decir en práctica, de manera anticipada, ese caso ofrece una refutación empírica de la bipartición clásica.

La Constitución de la provincia de Cundinamarca promulgada el 4 de abril de 1811, ofrece el primer ejemplo de una institución central de control constitucional latinoamericano: la acción popular de inconstitucionalidad. Establece un Senado

de censura y protección (título I, art. 9), integrado por un presidente, quien es el vicepresidente de la representación nacional, y cuatro miembros, inspirado en la Constitución francesa del año VIII. Su misión es: “sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquiera ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución.” Dicho órgano, que parece esencialmente político, se sitúa en la cima de la jerarquía jurisdiccional (título VII, art. 3 y art. 42). Así, cualquier ciudadano puede, independientemente de cualquier interés subjetivo, denunciar la inconstitucionalidad. Esta institución se desarrolló en el derecho de las comunidades territoriales de Colombia durante el siglo XIX. En 1850 apareció en la Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal, que otorgó competencia a la Corte Suprema de Justicia sobre los recursos directos de los ciudadanos contra las leyes provinciales. El procedimiento prevalece sobre todos los demás y la decisión de inconstitucionalidad se aplica *erga omnes*.

En 1910, el artículo 214 de la Constitución introdujo la acción popular de inconstitucionalidad junto con un sistema difuso de control similar al de los Estados Unidos, que había sido establecido por la Ley No. 57 del 15 de abril de 1887. El artículo 40 de la ley de reforma n° 3 del 31 de octubre de 1910 afirma la supremacía de la Constitución sobre la ley, mientras que el artículo 41 refuerza sus facultades a tal efecto: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano

como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.”

En los siguientes cincuenta años, alrededor de doscientas acciones populares contra las leyes, más de una cuarta parte de las cuales resultaron en una declaración de nulidad total o parcial, dan fe de su efectividad. Aparece así un sistema de justicia constitucional abstracto, directo, concentrado y *erga omnes*, en muchos aspectos distinto al de los Estados Unidos. Además, Colombia ha tenido control preventivo de las leyes desde la Constitución de 1886. El presidente puede solicitar a la Corte Suprema la revisión de una ley que acaba de aprobarse y cuya constitucionalidad se opone a él y al Congreso. En caso de inconstitucionalidad, se abandona el texto; en caso de constitucionalidad, debe ser promulgado (art. 90 C): “Exceptúase de lo dispuesto en el Artículo 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad.

El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto.” Acumulando tres tipos de controles, Colombia ofrece un ejemplo donde la garantía de la constitución toma múltiples caminos procesales, difuso y concentrado en las manos de una corte suprema ordinaria, *a priori* y *a posteriori*, por vía de acción y por vía de excepción, con efecto *inter partes* o *erga omnes*. Situada en la confluencia de aportes estadounidenses y europeos y ansiosa por proteger los derechos de los ciudadanos, América Latina ha desarrollado así una experiencia propia, que no puede reducirse a la imitación de un “modelo” preexistente.

## CONCLUSIONES

La constatación histórico-empírica según la cual el caso colombiano nunca se encajó dentro de ninguno de los dos modelos, presentados como exclusivo el uno del otro, ni se ajustó a ellos, sino que desde el principio apareció como un modelo mixto o híbrido, conduce primero a criticar la modelización comparatista clásica. Abandonarla impone intentar proponer nuevas formas de conceptualización.

Más profundamente, desde un punto de vista metodológico, este caso especial subraya la necesidad de ampliar el ámbito de los estudios jurídicos. Eso debe antes de todo hacerse desarrollando y fortaleciendo su dimensión comparatista. Además, la actividad de comparación debe abrirse no solamente a los “usual suspects”, los “grandes modelos” o los “grandes sistemas de derecho”, según la tradición iniciada por René David en Francia, sino que es imprescindible más allá de los límites del Occidente. Científicamente, debemos proclamar la igual dignidad de todos los derechos positivos y, en materia de justicia constitucional, interesarnos por los sistemas establecidos por ejemplo en Asia o en África.

Debemos definitivamente ampliar nuestra curiosidad y aceptar (aún más: buscar) las sorpresas. Estudiando el derecho colombiano y, más generalmente, el de América latina, se ofrece un campo de investigación increíble no solamente para descubrir diseños institucionales sorprendentes, sino también para renovar nuestros cuadros conceptuales y renovar nuestra imaginación. El aniversario de la Constitución colombiana de 1991 ofrece al respecto una oportunidad magnífica.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Tusseau, G. (2009a). Contre les « modèles » de justice

constitutionnelle. Essai de critique méthodologique / Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica, pref. Pegoraro, L., éd. bilingue, trad. it. Morandini, A. Bologna: Bononia University Press, coll. « Ricerche di diritto comparato », 87+106.

- II. Tusseau, G. (2009b). Regard critique sur les outils méthodologiques du comparatisme. L'exemple des modèles de justice constitutionnelle. *Revista general de Derecho público comparado*, n° 4.
- III. Tusseau, G. (2011). Para acabar con los «modelos» de jurisdicción constitucional: Un ensayo de crítica, 2ª ed., revisada y aumentada, trad. esp. en colaboración con García Berrio Hernández, T., pres. Ferrer Mac-Gregor, E. México: Porrúa, col. «Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional», Vol. 50, 2011, xix+171.
- IV. Tusseau, G. (2013a). Oltre i ‘modelli’ di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista, trad. it. Bagni, S.. En Bagni, S. (a cura di), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*. Bologna: Bononia University Press, coll. « Ricerche di diritto publico

- comparato », 2013, 245 p., pp. 23-46.
- V. Tusseau, G. (2013b). Au-delà des ‘modèles’ de justice constitutionnelle, pour un comparatisme pragmatiste. *Revista general de Derecho público comparado*, n° 12.
- VI. Tusseau, G. (2014). Más allá de los ‘modelos’ de justicia constitucional, hacia una comparación pragmatista, trad. cast. López Ulla, J.M. En Bagni, S. (coord.), *Justicia constitucional comparada*. México: Porrúa, col. « Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional », Vol. 106, 2014, xvi+408 (21-60).
- VII. Tusseau, G. (2014). Au-delà des ‘modèles’ de justice constitutionnelle, pour un comparatisme pragmatiste. En Pegoraro, L., Bagni, S. y Pavani, G. (a cura di), *Metodologia della comparazione. Lo studio dei sistemi giudiziari nel contesto euro-americano*. Bolonia: Filodiritto editore, 192, (160-175).
- VIII. Tusseau, G. (2015). Les causes du choix d’un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l’étude du contentieux constitutionnel. *Jus politicum*. *Revue de droit politique*, Vol. VII, 217-244.
- IX. Tusseau, G. (2016). La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma. *Parlamento y constitución. Anuario. Año 2015*, n° 17, 9-36.
- X. Tusseau, G. (2020). Assouplir la construction des modèles de justice constitutionnelle à la lumière de la Question prioritaire de constitutionnalité. En Vidal-Naquet, A., Magnon, X. (dir.). *La QPC, vers une reconfiguration de l’architecture juridictionnelle ?*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d’Aix-Marseille, 200 (153-162).
- XI. Tusseau, G. (2021a). Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel. Paris La Défense: Lextenso, 1452.
- XII. Tusseau, G. (2021b). *Droit comparé et théorie générale du droit. Notes sur quelques allers-retours aporétiques*. Sainte-Foy: Les Presses de l’Université Laval, coll. « Dikè », xi+93, réédition Paris: Hermann, coll. « Dikè », xi+93.