

El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales



Natalia Bernal-Cano*

Universität Osnabrück, Osnabrück, Alemania

Fecha de recepción: 2 de septiembre de 2009

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2010

RESUMEN

El presente artículo es una reseña explicativa de la creatividad del juez para combinar elementos de los procesos constitucionales con el fin de fortalecer los derechos fundamentales. Se presentará a continuación un análisis de las fuentes de derecho y su valor equivalente en los razonamientos constitucionales. Subrayando la equidad en la importancia de las fuentes, el presente artículo busca incentivar la labor conciliadora de los jueces y los procesos de creación del derecho bajo los límites de la coherencia jurídica. Se explicarán a continuación los eventos en los cuáles puede cambiarse la jurisprudencia y sus ventajas para garantizar la evolución del derecho constitucional. Uno de los cambios más importantes de la jurisprudencia, es la tendencia que muestra la articulación de los procedimientos constitucionales.

Para citar este artículo: Bernal-Cano, Natalia, “El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2010, 12,(1), pp. 11-34.



* Natalia Bernal Cano es doctora en Derecho y titular de un máster en Derecho Comparado de los Estados Europeos de la Universidad de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Fue investigadora “allocataire de recherche” de la Escuela Doctoral de Derecho Comparado y profesora encargada de talleres dirigidos en Derecho Constitucional de la misma Universidad. Fue funcionaria pública de la Corte Constitucional Colombiana. Ver: <http://crdc.over-blog.com/article-426978.html>. Actualmente es investigadora post-doctoral y profesora titular de los cursos de introducción al Derecho Francés, Derecho Administrativo y Derecho Constitucional Francés en el programa de formación jurídica en lengua francesa (*Fachspezifische Fremdsprachenausbildung*) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Osnabrück Alemania. Ver: <http://www.jura.uos.de/html/415.htm>. Correo electrónico: nataliabernal19@hotmail.com ó natalia.bernal.cano@uni-osnabrueck.de

Palabras clave: justicia constitucional, acción de tutela, jurisprudencia constitucional, control de constitucionalidad, precedentes judiciales.

The Creative Power of the Judge Within the Mix of Constitutional Procedures

ABSTRACT

This article provides an explanatory summary of the judicial creativity so as to combine elements of constitutional processes to strengthen fundamental rights. It then presents an analysis of the sources of law and their equivalents in constitutional reasoning. To underline equity in the importance of sources, this article seeks to encourage the conciliatory work of the judges and creation of law within the limits of a coherent jurisprudence. The article then examines those areas in which the jurisprudence may change and the advantages of this for the evolution of constitutional law. One of the most important jurisprudential changes is the trend towards articulating the constitutional procedures.

Palabras clave: constitutional justice, “tutela” action, constitutional jurisprudence, constitutional control, judicial precedents.

INTRODUCCIÓN

Las siguientes reflexiones presentan en Colombia un nuevo concepto de activismo judicial bajo los límites de un Estado de Derecho sometido al derecho positivo. Nuestro propósito no es incentivar el poder excesivo del juzgador para inaplicar, en toda circunstancia, normas jurídicas abstractas y vigentes, con fundamento en la necesidad o en la urgencia de proteger los derechos fundamentales constitucionales. En pocas palabras, presentamos una manifestación moderada del positivismo jurídico; es decir, del desarrollo de la creatividad del juez sometido a la coherencia jurídica, al ordenamiento jurídico pre-establecido.

La sumisión al ordenamiento jurídico preestablecido debe entenderse como un deber del juzgador para acatar la Ley sin violar su contenido o su forma. Se trata entonces de una sumisión al respeto de la Ley como expresión de la voluntad soberana, como acto del legislador. La sumisión del juez al ordenamiento jurídico implica un deber de respeto de la autonomía legislativa. No debe entenderse la frase “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley*” (Artículo 230 de la Constitución Colombiana), como un culto al imperio o poder absoluto del legislador sin que se reconozca igualmente la labor de los jueces y el rol importante de la jurisprudencia.

En un Estado de Derecho las ramas del poder público son equivalentes; es entonces lógico deducir que los actos producidos por dichas ramas tienen igual importancia. El hecho de que se reconozca, a nivel constitucional, que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial, no quiere decir que su utilidad sea secundaria en los razonamientos jurídicos. Se reconoce, a nivel constitucional, que el juzgador tiene un límite: el respeto del carácter vinculante de la Ley vigente y conforme con la Constitución.

La jurisprudencia no es sólo una herramienta para interpretar y aplicar la Ley. La jurisprudencia es una fuente de creación y renovación del derecho cuyo único límite es no violar las leyes constitucionales vigentes y la Constitución. Bajo esta lógica, el juez, en su jurisprudencia, no puede seguir inaplicando leyes vigentes sin realizar el debido procedimiento de control de constitucionalidad con efectos generales.

El juez no sólo se limita a aplicar la ley escrita interpretando estrictamente su tenor literal. La jurisprudencia puede llenar los vacíos del ordenamiento a través de la aplicación directa de la Constitución, puede aclarar el sentido de la ley obscura, puede interpretar el contexto constitucional y solucionar los conflictos entre los derechos a través de la labor conciliadora del juez. Además, la jurisprudencia puede reconocer nuevas formas de protección jurídica a través de la interpretación global y sistemática de la Constitución, puede renovar el derecho objetivo, unificar los criterios de interpretación, cumplir una labor pedagógica, evitar la inseguridad jurídica, corregir los vicios del ordenamiento jurídico al ajustarlo a la Constitución y guiar al legislador para mejorar su producción normativa.

Presentaremos a continuación formas amplias y novedosas de protección de los derechos fundamentales que han sido aseguradas por los jueces constitucionales, las cuales enriquecen la jurisprudencia sin desconocer o violar disposiciones legislativas vigentes y conformes con la Constitución.

El poder creador del juez constitucional puede incentivarse al activar los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, pero dichos mecanismos deben respetar las leyes conformes con la Constitución y ajustarse a las normas constitucionales sin violarlas o inaplicarlas.

Un activismo judicial moderado o sometido al derecho positivo excluye un sistema de fuentes extremadamente legalista en el cual no es posible interpretar la norma escrita fuera de su tenor literal.¹ De igual manera, se



¹ Bernal Cano, Natalia. «Le contrôle de constitutionnalité de la loi sur recours d'un individu en Allemagne, Belgique et Colombie. Réflexions comparatives pour un nouveau modèle de justice constitutionnelle». Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en Droit Comparé dirigée par le professeur Otto Pfersmann. Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Mention Très honorable, et candidate au prix du Conseil constitutionnel français destiné à la meilleure thèse de l'année portant sur le contrôle de constitutionnalité. El trabajo de investigación requirió visitas a la Universidad Católica de Louvain, a la Cardozo Law School de New York, a

excluye un sistema jurídico que otorgue a la jurisprudencia un poder ilimitado, casi absoluto, desconociendo la labor del legislador o el principio de legalidad. El razonamiento del juez debe permitir un grado de creatividad moderada tendiente a asegurar de manera adecuada y coherente la eficacia concreta de los derechos fundamentales. Dicho razonamiento exige necesariamente activar mecanismos jurídicos de protección conformes con la Carta Política. Conviene excluir, entonces, la protección de derechos fundamentales mediante la inaplicación del ordenamiento jurídico, sin efectuar previamente un procedimiento riguroso de control de constitucionalidad.

Es preciso que los jueces amplíen con prudencia su capacidad creativa, aun variando los criterios tradicionales o la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los cambios de circunstancias, cuando no resulta lógico o equitativo fallar como tradicionalmente se ha hecho,² o ante situaciones

la Universidad de Harvard, a la Ludwig Maximilians Universität von München, a la Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften, a la Corte Constitucional Colombiana y a la Corte Constitucional de Bélgica con sede en Bruxelles. La tesis fue examinada por un jurado internacional compuesto por un senador del Parlamento Belga y profesor emérito, un constitucionalista alemán, un constitucionalista austríaco y dos profesores franceses de los cuales uno de ellos es especialista en Derecho Constitucional de América Latina. El jurado fue compuesto por: M. Jean Michel Blanquer, Recteur de l'Académie de Créteil, Chancelier des Universités; M. Francis Delpérée, Sénateur et Professeur ordinaire émérite à l'Université catholique de Louvain; M. Otto Pfersmann, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne, directeur de la recherche; M. Karl Peter Sommermann, Professeur à la Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; M. Michel Verpeaux, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne.

En el informe de la sustentación pública de la presente tesis, el director de la investigación, el profesor Otto Pfersmann, afirmó: «Cette thèse a le grand mérite de rapprocher les évolutions de plusieurs systèmes habituellement étudiés séparément et de montrer la parenté entre les systèmes européens et latino-américains en présentant la grande finesse et la sophistication de l'ordre constitutionnel colombien». “Esta tesis tiene el gran mérito de aproximar las evoluciones de varios sistemas habitualmente estudiados de manera separada y de mostrar el parentesco entre los sistemas europeos y latinoamericanos presentando la gran fineza y la sofisticación del orden constitucional colombiano” (Nuestra traducción).

Ver también: Bernal Cano, Natalia. «Variaciones sobre una iniciativa de reforma de la justicia constitucional en Colombia». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*. Édité par Konrad Adenauer Stiftung, Rechtsstaatsprogramms für Lateinamerika/Montevideo. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica /Montevideo. Segundo semestre 2009.

² Zoller, Elizabeth. «Les revirements de jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis». En: *Cahiers du Conseil Constitutionnel No 20*. 2006, p. 104 et ss. La misma autora explica que “en un sistema de «Common Law», donde la legitimidad del juez depende de la continuidad de su jurisprudencia y no del apego judicial al texto legal, es necesario una buena razón para aportarse de una regla judicial: Como lo ha dicho la Corte Suprema en 1984, es necesario una justificación especial. En 1989 se manifestó un cambio posterior de circunstancias (subsequent changes) o un desarrollo del derecho (development of law). (Nuestra traducción).

En el caso *Payne vs. Tennessee*, la Corte Suprema de los Estados Unidos hizo referencia a “precedentes inaplicables” (unworkable) o mal fundador (badly reasoned). La Corte Suprema no duda en cambiar una decisión precedente si a ella le parece errónea. Para evaluar un cambio en la jurisprudencia en el sistema americano es necesario tener en cuenta: 1- Confianza en los individuos por medio de grados de beneficios que la transformación jurisprudencial ofrezca; 2- Probar que la regla que se pretende cambiar ha sido relegada por otros principios jurídicos conexos más progresivos. De esta manera, el precedente se convertiría en un vestigio o en una regla abandonada; 3- Evaluar un cambio de hechos o circunstancias que acompañan la decisión judicial y hacen de ésta una medida ineficaz para situaciones especialmente caóticas. Para determinar los efectos de la jurisprudencia es necesario examinar: 1- Propósito de regla nueva, 2- Confianza de las autoridades en la regla antigua, 3- Consecuencias de la aplicación de la ley en la administración de justicia. Ver referencia *ibidem*. Para mayor profundidad en la definición del sistema Americano de prece-

de extrema urgencia que requieren soluciones atípicas de anticipación del amparo o de protección constitucional inmediata. Bajo esta lógica conviene modificar los criterios de las Cortes Constitucionales y admitir nuevas soluciones.

Es importante señalar que la autonomía del juez no es sinónimo de arbitrariedad ni de exceso de poder. En efecto, la medida del poder creador del juez constitucional es la norma legal sometida a la Constitución. Éste puede dirigir la actividad legislativa con fundamento en la Constitución, pero dicha norma fundamental es el marco y la medida del derecho.

Hemos llamado “*autonomía judicial bajo los límites del ordenamiento jurídico escrito*” a la libre aplicación judicial de cualquier medida preventiva conforme con la Constitución para la protección de los derechos fundamentales. Dichas medidas en las que se manifiesta el activismo de los jueces pueden ir, inclusive, más allá del litigio o caso concreto, no pueden ser excesivas, desproporcionadas, superfluas, innecesarias, ilegales, arbitrarias, inconstitucionales o ineficaces.

Puede existir un exceso en la actividad judicial con límites asegurados por la misma Constitución, lo que implica necesariamente respetar el principio de legalidad o la sumisión de los actos del poder público al Estado de Derecho.

El positivismo jurídico moderado o la autonomía judicial, bajo los límites del ordenamiento jurídico escrito, puede definirse como un tipo de razonamiento que permite la creatividad del juez constitucional bajo los límites constitucionales y legales, con el propósito de asegurar a la persona una mayor protección en su situación concreta. En este orden de ideas, se permite la autonomía judicial en el uso adecuado y proporcional de las fuentes del derecho, las cuales no son excluyentes sino complementarias; es decir, pueden combinarse los razonamientos, al igual que los métodos de interpretación legal o Constitucional, para resolver si los casos son libres. De igual manera, las soluciones, elementos procesales o técnicas de razonamiento aplicables en los procesos judiciales pueden integrarse, mezclarse, combinarse o articularse sin que se separen de manera estricta. Además, el juez constitucional puede utilizar libremente las fuentes del derecho en su razonamiento.

dentes judiciales, ver las siguientes fuentes: Sous la direction de Elizabeth Zoller, «Marbury v. Madison: 1803-2003». «Un dialogue franco-américain». Dalloz, 2003. Actes du colloque organisé les 28 février et 1^{er} mars 2003 par le Centre de droit américain de l'Université Panthéon-Assas Paris II. Voir aussi Segal, Jeffrey A.; Spaeth, Harold J. & Benesh, Sara C. *The Supreme Court in the American Legal System*. Cambridge University Press, 2005. Ver también: Fairgrieve, Duncan & Muir Watt, Horatia. *Common Law et tradition civiliste*. Puf. Droit et justice, 2006. Ver en la misma publicación Di Mano, Thierry. «Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel Français». En: *Cahiers du Conseil Constitutionnel No. 20*, 2006, pp. 205-230. Ver también: Fromont, Michel. «Les revirements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale», *Ibidem*, pp. 161-172.

La autonomía judicial, bajo los límites del ordenamiento jurídico escrito, garantiza que la Ley y la jurisprudencia sean en realidad fuentes complementarias del razonamiento judicial (I), y de igual manera pueden articularse, intersectarse o mezclarse las formas de justicia constitucional (II).

PRIMERA PARTE

LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA: DOS FUENTES COMPLEMENTARIAS DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

La comparación de la *Common Law* con la *Civil Law* es problemática porque no existe una misma estructura. La primera se presenta como una secuencia ininterrumpida de soluciones prácticas, y la última, como un sistema de normas. Sin embargo, es preciso encontrar soluciones intermedias para aproximar las fuentes del derecho y enriquecer los razonamientos judiciales.

1. Las fuentes del razonamiento judicial y los límites del poder creador del juez

En el Derecho Continental o romano-germánico, el juez debe aplicar la ley tal y como es escrita sin apartarse de ella o sin alterar su sentido, pues dicha ley se presume constitucional. No debe entenderse este deber legal del juzgador en un sentido totalmente restrictivo. A pesar de que los jueces tienen como fuentes primarias de razonamiento la Constitución y la Ley, ello no significa excluir otros métodos de interpretación diferentes al estrictamente gramatical. De igual forma, no puede afirmarse de manera absoluta que en los sistemas de Derecho Continental se rechaza la aplicación directa de la Constitución o el valor de la jurisprudencia. A pesar de que el poder creador del juez constitucional está limitado por la significativa presencia de las fuentes formales o primarias de derecho y a pesar de que el juzgador, por regla general, no puede apartarse de la norma escrita o positiva, conforme con la Constitución, ni basar su decisión exclusivamente en factores empíricos o circunstancias de especie ajenas a la norma, ello no significa que el activismo judicial sea restringido o que existan menos garantías para proteger los derechos fundamentales.

En efecto, sin querer desconocer el importante rol de la jurisprudencia y los grandes aportes del nuevo derecho jurisprudencial, los sistemas romano-germánicos ofrecen soluciones que incentivan el poder creador de los jueces constitucionales. Por ejemplo, el sistema constitucional francés, con fundamento en el preámbulo de la Constitución de 1946, reconoce los llamados "*droits créances*", o derechos de prestación, los cuales tienen una jerarquía o

valor constitucional equivalente a los derechos ligados al principio de dignidad. No existen teorías relativas a generaciones de derechos para garantizar su eficacia concreta y el juez constitucional ejerce una conciliación de normas, derechos, principios o valores constitucionales cuando estos se encuentran en conflicto. Generalmente todos estos elementos dogmáticos son conocidos por la doctrina como normas de referencia del control de constitucionalidad para determinar la validez de las leyes. El juez actúa como árbitro o conciliador garantizando soluciones proporcionales que privilegian unos derechos sobre otros dependiendo de la controversia concreta, sin que se hable de derechos o garantías más o menos importantes que otras en términos generales.³

Por otra parte, en el sistema constitucional alemán, las reglas del principio de proporcionalidad⁴ garantizan que el juzgador declare la constitucionalidad de medidas legislativas justificadas, necesarias y directamente proporcionales a las finalidades previstas en la Constitución. Este principio, igualmente reconocido en otros sistemas Europeos como el francés o el belga, impide las soluciones arbitrarias y garantiza los equilibrios en la protección de los derechos.

Por regla general, en los sistemas romano-germánicos se utilizan métodos de interpretación dinámicos y evolutivos que pueden permitir al juzgador la valoración de los hechos, de las realidades empíricas, el análisis de hechos históricos, el análisis de factores de origen sociológico o político, entre otros elementos no estrictamente relacionados con el rigor gramatical de normas jurídicas. Un ejemplo es el impacto de la teoría del derecho viviente⁵ que permite un activismo judicial y una interpretación realista de las normas jurídicas según su aplicación en la realidad.



³ Favoreu, Louis et al. *Droit constitutionnel*. Dalloz 2^{ème} Edition, 1999, p. 789. Ver también: Ergéc, Rusen. *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*. Actes du colloque tenu à l'université libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994. Groupe pluridisciplinaire de Coordination en matière des droits de l'homme de l'Université Libre de Bruxelles, pp. 8-103.

⁴ Sur le principe de proportionnalité: «*Bien qu'il présente son principal intérêt en matière d'atteinte aux droits fondamentaux, le principe de proportionnalité doit être évoqué ici car la Cour constitutionnelle y a d'abord vu une composante de l'Etat de droit (BverfGE 19,342 5348 et s) I), avant de le rattacher à l'essence même des droits fondamentaux (BverfGE 65,1(44),recensement). Le principe s'applique dans les rapports entre la puissance publique et l'individu et non aux obligations de nature civile (BverfGE30,173(199)I). Il tend à protéger l'individu des ingérences superflues de la puissance publique (BverfGE 17,306 (313 et s) I), lorsque celle-ci intervient dans l'intérêt de la collectivité. S'agissant d'évaluer la régularité d'une atteinte à la liberté individuelle, le principe de proportionnalité impose que le moyen mis en place par le législateur soit approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Le moyen est approprié lorsqu'il est de nature à favoriser le résultat désiré, il est nécessaire lorsque le législateur n'a pas la possibilité de choisir un autre moyen aussi efficace mais qui ne porterait pas atteinte au droit fondamental ou y porterait une atteinte moindre.*» (BverfGE 63,88 (115)I). «*L'atteinte ne doit pas avoir une intensité sans relation avec l'importance de la chose et les inconvénients imposés au citoyens*» (BverfGE65,1(54)I). Autexier, Christian. *Introduction au droit public allemand*. Collection droit fondamental, droit politique et théorique, PUF, 1997, p. 107 et ss.

⁵ Severino, Caterina. *La doctrine du droit vivant*. Collection Droit Public Positif dirigée par Louis Favoreu. Economica. Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2003. Márquez Vásquez, Clara Inés. *Consideraciones sobre el derecho viviente*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Biblioteca jurídica virtual. Revista Elementos de juicio. Ver igualmente: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-557 de 2001.

En el sistema constitucional italiano es procedente que el juez incorpore directamente principios constitucionales en la legislación que presenta omisiones relativas para asegurar una interpretación conforme a la Constitución. En el presente caso, la Corte Constitucional profiere sentencias aditivas. Se trata de una solución que impide la declaración de inconstitucionalidad de la norma o la pérdida total de efectos de ésta. Puede aplicarse directamente la Constitución cuando la legislación presenta vacíos. En este caso, la interpretación del juzgador puede ser amplia y su labor puede ser considerablemente creativa, en particular cuando se trata de proteger derechos no explícitos en la Constitución.

Sobre la interpretación de cláusulas constitucionales abiertas, en los sistemas de derecho continental existe un notorio activismo judicial que garantiza la protección de derechos no escritos o derechos nuevos. Al respecto, a pesar de las controversias y de los debates que existen en la doctrina⁶ se ha considerado que el juez es libre de apreciar en cada caso particular si puede declarar la protección de derechos que nacen directamente de la conciencia social o ante las nuevas necesidades sociales. De igual manera se ha manifestado que se trata de una protección que surge de la interpretación global de las disposiciones dogmáticas de la Carta Política.

En los sistemas de derecho continental o romano-germánicos, el juzgador no se limita a interpretar literalmente la ley y a aplicarla. Hemos visto que puede aplicar directamente la Constitución, llenar los vacíos legales para garantizar la interpretación conforme con la Constitución (*Verfassungskonformeauslegung*),⁷ puede incluso ordenar al legislador la corrección de normas inconstitucionales en determinados plazos bajo ciertas pautas –como es el caso de la mayoría de decisiones de la Corte Constitucional Alemana–, proteger nuevos derechos, explicar el contenido y el alcance de principios constitucionales, conciliar derechos o principios en conflicto, examinar hechos sociales, realidades históricas, necesidades individuales o colectivas independientemente de las normas jurídicas, declarar medidas preventivas innominadas o atípicas de protección constitucional o de anticipación de amparo en función de la urgencia cuando se han violado los derechos fundamentales en casos concretos, etc. Toda esta diversidad de medidas refleja un poder creador considerable que no se limita a la restrictiva interpretación y aplicación de una disposición legal en un determinado caso.



⁶ Baldassare, B. *Diritto inviolabili*. Enc Giur T XI Rome Treccani 1989, pp. 21, 88 ; Caretti, Paolo. *I Diritti Fondamentali*. G. Giappichelli Editore, 2002. Voir aussi l'ouvrage de Pasquale Lillo, *Diritti fondamentali e libertà delle persona*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2001, p. 69 et ss. Modugno F., Nuovi diritti e principi supremi della costituzione. V Colloque de l'association italienne des constitutionnalistes, Taormina 30 Novembre- 1 Décembre 1990.

⁷ Término que se utiliza para referirse a la labor del Tribunal.

A pesar de que tradicionalmente la jurisprudencia no es fuente primaria de referencia en los sistemas de derecho romano-germánico, ello no significa que a dicha fuente jurisprudencial se le reste importancia jurídica.

El razonamiento judicial es libre y el juez puede ser autónomo en la valoración de la jurisprudencia. No existe obligación alguna de sometimiento a los precedentes de las Cortes o Tribunales Constitucionales; al contrario, los análisis normativos o fácticos pueden cambiar al igual que los criterios de decisión con el propósito de garantizar una evolución en el derecho constitucional o un mayor perfeccionamiento en la protección de los derechos. ¿Por qué se tiende a considerar que los sistemas de derecho continental son extremadamente legalistas, dejan de lado la jurisprudencia e impiden la creación del derecho?

Hemos visto, en los ejemplos anteriores, que el razonamiento judicial tiene como único límite no violar la norma jurídica constitucional. Ello no significa que el juez no pueda ir más allá del alcance normativo cuando hay vacíos, si el razonamiento es lógico, conforme con la finalidad del legislador o si se ajusta a la Constitución.

En los sistemas de derecho continental no hay conservación de derecho, existe constantemente una transformación del mismo, lo cual garantiza un activismo jurisdiccional y una labor creativa del derecho.

Someter la actividad judicial a la Ley no quiere decir estancar el razonamiento del juzgador o limitar la protección constitucional de los derechos que garantiza la jurisprudencia.

El razonamiento jurídico de los jueces y el activismo judicial dependen del sistema jurídico en particular, sea éste de derecho codificado o de derecho consuetudinario. En aquellos ordenamientos mixtos, inspirados en ambas tendencias jurídicas –anglosajonas y romano-germánicas–, la aplicación y la valoración combinada de fuentes resulta cada vez más necesaria. Por regla general, no conviene preferir en todos los casos una fuente y excluir otra. Al respecto no debería haber un criterio absoluto que limite el uso de la jurisprudencia a favor de la fuente legal o viceversa.

Los jueces bien pueden aplicar e interpretar libremente las fuentes del razonamiento sin violar el ordenamiento jurídico que se presume constitucional. Si los jueces limitan su poder creador ajustándose a la Ley positiva, si aplican las fuentes legales o si se apartan de determinados criterios jurisprudenciales, no se instaura un sistema totalmente legalista ni se desprestigia su derecho o actividad. Hemos visto que en los sistemas romano-germánicos el juez tiene un poder creador y existe una concepción evolutiva de la jurisprudencia que permite las variaciones.

Existiría desprestigio de la actividad jurisdiccional o desconocimiento del valor de la jurisprudencia, si el juez es únicamente “boca de la Ley” o si

se limita a aplicar exclusivamente esta última en los casos en que los criterios jurisprudenciales son igualmente procedentes y deben reconocerse necesariamente. En este evento no existiría mayor riqueza en la argumentación, y la decisión proferida rompería las reglas del debido proceso de conformidad con el deber de una adecuada motivación. Existiría, sin duda, un formalismo absoluto, como aquel que podríamos encontrar en aquellas hipótesis en las cuales el juez se priva de aplicar e interpretar directamente la Constitución por dar prelación a la Ley inconstitucional en un determinado caso concreto.

En los procesos diversos a aquellos en los cuales se aplica la excepción de inconstitucionalidad, cuando los jueces inaplican o desconocen las leyes positivas sin proceso de control de constitucionalidad con efectos generales, con miras a proteger directamente un derecho fundamental, crece sin prudencia alguna la labor declarativa del juez y la reiteración de jurisprudencia que se aparta del Estado de Derecho, del principio de legalidad. Se restringe igualmente, poco a poco, la libertad para que el juzgador pueda apartarse justificadamente de las decisiones emanadas de Tribunales y Cortes Constitucionales.

Al incentivar ilimitadamente el uso de la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, se corre el peligro de reducir la importancia del derecho codificado, se reduce la creatividad de los razonamientos de otros jueces, la crítica, la autonomía jurisdiccional, el proceso de análisis profundo de los casos y se tiende a reproducir, o casi a transcribir, prototipos de decisión sin mayor proceso de reflexión. Esta circunstancia genera, poco a poco, un desequilibrio en el uso de las fuentes del derecho y un ilimitado gobierno de los jueces, el cual elimina con el tiempo la creatividad inherente a los razonamientos constitucionales. En efecto, la significativa conservación de los precedentes limita la creación de nuevas tendencias jurisprudenciales y la evolución del derecho constitucional, pues el cambio de jurisprudencia sólo puede realizarse en circunstancias muy excepcionales.

En los sistemas jurídicos mixtos, con influencia europea y americana, pueden reiterarse los criterios jurisprudenciales y resulta igualmente lógico cambiar los razonamientos o apartarse de los precedentes cuando las circunstancias del caso así lo exigen. Podría existir, bajo esta lógica, una combinación de fuentes legales y jurisprudenciales en los razonamientos judiciales de los sistemas mixtos, al igual que las transformaciones u oscilaciones de la jurisprudencia, sin que se ponga en peligro la protección de los derechos fundamentales.

2. La conservación y los cambios de las tendencias jurisprudenciales. Un razonamiento alternativo de los jueces

La siguiente parte del análisis comprende la presentación de una metodología de razonamiento judicial basada en el uso alternativo de fuentes

legales y jurisprudenciales, sin que se hable de obligatoriedad o uso exclusivo de precedentes judiciales. En este orden de ideas, en uso de su poder creador, para el juzgador es posible apartarse de la jurisprudencia constitucional.

Podemos iniciar esta parte de la reflexión con una frase de Elizabeth Zoller, profesora de derecho constitucional de la Universidad Panthéon-Assas Paris II, y confrontar, posteriormente, la postura doctrinal de la autora con los criterios de Michel Fromont, profesor emérito de la Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne, respecto a las nociones de “*judicial precedent*” y “*revirement jurisprudentiel*”.

Según la constitucionalista Elizabeth Zoller,⁸ “la Cultura de la *Common Law* preconiza la estabilidad del derecho y el culto del pasado. Encuentra su más ilustre expresión en «El precedente judicial»”.

Puede definirse el precedente judicial como la decisión fundamental proferida en un caso concreto que sirve de referencia a otros jueces para solucionar litigios similares. La particularidad del precedente, la cual lo diferencia de una simple sentencia judicial, es la reiteración, el reconocimiento por parte de otros jueces, su valor obligatorio y el alcance general que se deriva de éste, pues se acostumbra a los jueces a fallar de la misma manera en otros casos semejantes.



⁸ Zoller, Elizabeth. «Les revirements de jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis». En: *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, No 20. 2006, p. 104 et ss. Para mayor profundidad en la definición del sistema Americano de precedentes judiciales, ver las siguientes fuentes: sous la direction de Elizabeth Zoller, «*Marbury v. Madison: 1803-2003*». «Un dialogue franco-américain», Dalloz, 2003. Actes du colloque organisé les 28 février et 1^{er} mars 2003 par le Centre de droit américain de l'Université Panthéon-Assas Paris II. Voir aussi Segal, Jeffrey A.; Spaeth, Harold J. & Benesh, Sara C. *The Supreme Court in the American Legal System*, Cambridge University Press, 2005. Ver también: Fairgrieve, Duncan & Muir Watt, Horatia. *Common Law et tradition civiliste*, Puf. Droit et justice, 2006.

El fundamento de la *Common Law* se encuentra en la regla del precedente. Este sistema designa el conjunto de reglas susceptibles de ser subsumidas a partir de decisiones particulares. Una vez que una decisión ha sido proferida, debe serlo también por todas las jurisdicciones en todos los casos de especie similares. Sólo el soporte central de la decisión denominado *ratio decidendi* goza realmente de autoridad o carácter vinculante. Las observaciones incidentales del juez, las motivaciones pedagógicas de la decisión (*obiter dictum*), al igual que los razonamientos disidentes no ligan las jurisdicciones subordinadas, pero tienen un valor de persuasión importante. El precedente jurisprudencial que emana de las jurisdicciones superiores liga aquellas que se encuentran subordinadas y ejerce una influencia significativa. En un sistema de *Common Law*, la regla obligatoria (*legal rule*) se encuentra en el caso concreto. Este sistema no hace referencia a una técnica de interpretación precisa, sino a un método de distinción de los casos resueltos. Ver las siguientes fuentes bibliográficas: Wendell Holmes, Oliver (1841-1935). «*The Common Law*». Cover Copyright 2009, by Cosimo, Inc. *The Common Law was originally published in 1881*. ISBN 978-1-60520-642-4. “*The Rule of Law History, Theory and Criticism*”, edited by Pietro Costa, Danilo Zolo, with the cooperation of Emilio Santoro, Law and Philosophy Library, Volume 80, Springer 2007. Bernatchez, Stéphane. «Le rôle du pouvoir judiciaire en matière d’accommodements raisonnables: de l’interprétation à la création des normes?», *Accommodements raisonnables et rôle de l’État : un défi démocratique*, Congrès de l’Institut canadien d’administration de la justice, Québec, 26 septembre 2008. Lebel-Grenier, Sébastien. *The Common Law in a Transnational Perspective*, texte publié dans les actes du colloque *Common Law at the Crossroads* de la *Association of Irish Law Teachers* tenue à Galway en Irlande du 25 au 27 avril 2003.

Tradicionalmente se ha manifestado que la ventaja de un sistema gobernado por los precedentes judiciales es la conservación del derecho para mantener la equidad en los razonamientos y decisiones judiciales.

“*The judicial precedent*” es entonces una decisión emanada de la Corte Suprema de Justicia o de un Tribunal Judicial Supremo que se usa como fuente para emitir futuras decisiones (*a judicial precedent is a decisión of the court used as a source for future decisión making*).

En los países de influencia romano-germánica o de derecho romanista, las decisiones de las jurisdicciones pueden cambiar la línea de jurisprudencia libremente y no tienen valor de precedente como sucede en los países de la *Common Law*.

En los sistemas de *Common Law*, «le revirement de jurisprudence» o el cambio de jurisprudencia se considera una anomalía, un disfuncionamiento del sistema judicial. Según W. Blackstone,⁹ debe respetarse el principio constitucional según el cual, los jueces de la *Common Law* no reciben una delegación para enunciar un derecho nuevo, sino para mantener y desarrollar el derecho antiguo.

Según el mismo autor –citado en los estudios de la profesora Zoller–, para que “la balanza de la justicia sea equilibrada y estable, y no propensa a variación en función de cada nuevo juez, es necesario subrayar ‘por regla general’ el deber de ajustarse a los precedentes cuando los puntos que han sido ya juzgados vuelven a presentarse ante los jueces”.

En los Estados Unidos, la regla tradicional del precedente es conocida a través del vocablo latino «*Stare decisis, ou stare decisis et quieta non movere*». El juez se atiene por lo general a lo ya decidido por las Cortes Supremas en decisiones anteriores sin modificar las reglas jurisprudenciales que existen. Sin embargo, pese a ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos cambia su jurisprudencia actual según las necesidades de la sociedad en la cual se aplican las leyes. En consecuencia, la regla «*Stare decisis*» puede ser relativa y la jurisprudencia americana la reconoce hoy en día como política jurisprudencial (Policy).¹⁰

La decisión *Roe vs. Wade* que legalizó el aborto en 1973 suscitó la controversia sobre los precedentes constitucionales con fuerza obligatoria. Al respecto se manifestó que dichos precedentes son dotados de “una fuerza especial” común a aquella que existe en los precedentes legislativos. Existe en este sentido un principio de confianza legítima de los individuos. La doctrina



⁹ Blackstone, W. *Commentaries on the laws of England. Facsimile of the first edition of 1765-1769, Vol. 1*. University of Chicago Press, 1979, p. 69.

¹⁰ Zoller, Elizabeth. «Les revirements de jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis». En: *Cahiers du Conseil Constitutionnel No 20*. 2006, p. 104 et ss.

manifiesta que este tipo de sentencias se denomina “súper-precedentes” e inalterables. En este caso se aplica la regla europea a propósito de la doctrina de los derechos adquiridos no cuestionables.

¿Dónde habrá mayor activismo y creación judicial?, ¿en los sistemas en los cuales se conserva un derecho jurisprudencial antiguo o en los sistemas en donde la Ley es fuente primaria u originaria del razonamiento y los criterios jurisprudenciales se transforman constantemente para su renovación?

En los sistemas de Derecho Codificado o romano-germánico prima la regla del «*Reirement jurisprudentiel*», según la cual es necesario adaptar la Ley a la evolución de la realidad. La opción es transformar o cambiar las tendencias jurisprudenciales para asegurar la evolución del derecho constitucional. En la práctica, las Cortes Constitucionales modulan en el tiempo los efectos de sus decisiones.

En Alemania, la doctrina admite que la jurisprudencia evolucione. La práctica de la citación o de la referencia a diversas decisiones judiciales, no significa que éstas tengan o adquieran el valor de «precedente».

La Corte Constitucional Alemana cambia la jurisprudencia por regla general, pero puede conservar las mismas tendencias o criterios jurisprudenciales cuando en aplicación del principio de Estado de Derecho o del principio de igualdad, exige que las reglas sean ciertas o que los asuntos similares sean juzgados de manera similar.¹¹

La jurisprudencia alemana ha reconocido dos tipos de transformaciones jurisprudenciales: cuando existen cambios en las circunstancias o cuando se altera la interpretación constitucional. Las situaciones fácticas pueden incidir para que la Ley sea inconstitucional. En el futuro puede anticiparse una ley errónea total o parcialmente. En estos casos el legislador debe corregir la ley en cuestión. Puede igualmente declararse la constitucionalidad de manera temporal pero en las próximas aplicaciones la norma cuestionada será inconstitucional. Finalmente, sucede con frecuencia, la atribución de plazos al legislador para modificar la regulación con base en la evolución de las circunstancias de hecho y en las recomendaciones del juzgador.

En los sistemas jurídicos mixtos, ¿será posible cambiar los precedentes o cambiar los elementos del razonamiento jurisdiccional? Ello depende de la aceptación de la fuerza vinculante del precedente judicial o de la utilización exclusiva de la fuente de origen legal. Si en un determinado sistema jurídico se excluye la Ley y se privilegia la jurisprudencia, no sería posible cambiar los criterios de decisión del juez, pues la jurisprudencia sería vinculante.



¹¹ Fromont, Michel. «Les revirements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne». En: *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* No 20. 2006, p. 110 et ss.

Al contrario, si la Ley se considera la fuente más importante del razonamiento, la jurisprudencia sólo podría considerarse como un criterio auxiliar de interpretación sin mayores exigencias. Esta interpretación basada en la separación estricta de las fuentes del derecho según su origen anglosajón o romano-germánico desequilibra el valor de las fuentes en los razonamientos judiciales y restringe los procesos de creación del derecho. Al respecto manifestamos que los sistemas citados no excluyen el poder creador del juez constitucional, ni siquiera cuando se busca garantizar la prelación de la Ley positiva. Si el sistema anglosajón y los sistemas codificados o romano-germánicos pueden ser convergentes en cuanto al activismo judicial, ¿por qué se afirma que son totalmente separadas la forma abstracta y concreta de justicia constitucional o por qué puede afirmarse que la sujeción a la Ley puede implicar una desobediencia o el menor valor de la jurisprudencia?¹²

Conviene pensar en un razonamiento equilibrado donde tengan igual valor las fuentes del derecho. Es importante adoptar una visión amplia del razonamiento judicial, admitir que el juez puede combinar libremente las fuentes según el caso, o articular soluciones provenientes de sistemas continentales o anglosajones cuando se trate de sistemas jurídicos mixtos de justicia constitucional. En otras palabras, podría pensarse en morigerar la concepción tradicional de positivismo jurídico para garantizar que no sólo debe primar la ley escrita sino el precedente judicial. En consecuencia, los criterios judiciales o la jurisprudencia podrían variar sin que se hable de reglas fijas. Según este razonamiento, pueden mezclarse los mecanismos de protección constitucional.

SEGUNDA PARTE

LA INTERSECCIÓN O COMBINACIÓN DE LAS FORMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La separación de las fuentes del derecho en el razonamiento judicial implica una separación estricta de los procedimientos constitucionales que tienen por objeto la protección de la Constitución y el amparo directo de los derechos fundamentales. Este esquema procedimental tradicional¹³ es



¹² López Medina, Diego Alejandro. *El derecho de los jueces*. Segunda Edición. Ediciones Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

¹³ Voir le modèle de justice constitutionnelle développé par Hans Kelsen, «Traduction française de l'ouvrage de Hans Kelsen, *Théorie générale des normes* (Allgemeine Theorie der Normen)» (en collaboration avec Olivier Beaud et Fabrice Malkani), Paris, P.U.F., 1996 (collection Léviathan). Kelsen, Hans. "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", "Nature et développement de la justice d'État", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 1928. En: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, vol. 2. Vienne 1968, p. 1813 ss.; version française: „*La garantie juridictionnelle de la constitution*«, En : *Revue du*

susceptible de críticas porque limita el acceso de los individuos a la Corte Constitucional, aumenta de manera ilimitada el derecho jurisprudencial basado en análisis fácticos, provoca congestión judicial, separa totalmente las fuentes del derecho en el razonamiento judicial y disminuye la eficacia del control de constitucionalidad de las leyes.

Hoy en día, la doctrina reconoce los procedimientos mixtos de justicia constitucional que acercan los modelos de carácter difuso americano, "*judicial review and legislation*", y de carácter concentrado europeo, "*Verfassungsgerichtsbarkeit*". Dichos modelos aseguran la sumisión de las leyes a la Constitución y protegen simultáneamente los derechos fundamentales en los casos de especie. Dentro de este tipo de procesos, podemos encontrar las diferentes tipologías del recurso de amparo, los recursos individuales europeos contra los actos de los poderes públicos y el control abstracto iniciado por acción pública de constitucionalidad que ha permitido en Colombia la protección directa de los ciudadanos contra los efectos de aplicación de leyes inconstitucionales.

1. La separación estricta de los procedimientos constitucionales

Hans Kelsen y Eisenmann sugirieron un control concentrado de constitucionalidad por iniciativa de órganos estatales como competencia de un tribunal único y especializado. El objeto del procedimiento era la conformidad entre las normas jurídicas escalonadas en una pirámide normativa y la Constitución.

Las teorías de Hans Kelsen sobre la jerarquía normativa –en estudio comparado sobre las formas de justicia constitucional– separan el modelo americano de protección individual en casos concretos y la protección objetiva de la Constitución que resulta del control concentrado efectuado por la Corte Constitucional en el sistema europeo. Esta concepción binaria de la justicia constitucional hoy tiende a desaparecer en Europa, hasta el punto de que constitucionalistas como Mauro Cappelletti, Giancarlo Rolla, Lucio Perogaró, Francisco Fernández Segado, Albrecht Weber, Constance Grewe, Tania

droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1928, T. 45. XXXV; pp. 197-257; versión en español: "La garantía jurisdiccional de la Constitución", traducido al español por Rolando Tamayo y Salmorán, bajo la revisión de Domingo García Belaunde. En: *La Justicia Constitucional. Ius Et Veritas*. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Kelsen, Hans. «Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine». En: *Revue française de Droit Constitutionnel*, número 1, 1990, «El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio Comparado de las constituciones austriaca y norteamericana». Traducción de Domingo García Belaunde del texto original publicado en "*The Journal of Politics*", vol. 4, mayo de 1942, núm. 2, pp. 183-200, «*Judicial Review of legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. Ius Et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año IV, número 6, junio de 1993, p. 83.

Groppi y Michel Fromont analizan las “formas mixtas de procedimiento constitucional” que resultan de la articulación de los sistemas descritos.¹⁴

Si comparamos las nociones de precedente judicial y Ley en Colombia, verificamos que existe una visión nueva del derecho según la cual se ha pretendido dar mayor importancia al derecho jurisprudencial o al activismo judicial.

En las sentencias recientes de la Corte Constitucional, los razonamientos jurídicos tienden a permanecer constantes bajo la noción colombiana de “líneas jurisprudenciales”. Este concepto revolucionario de inspiración norteamericana se ha concebido con el fin de unificar los criterios de decisión y proteger el derecho a la igualdad de las partes en casos concretos evitando los fallos divergentes en casos similares.

En el procedimiento instaurado por acción de tutela previsto en el Artículo 86 de la Constitución, existe un análisis fáctico considerable desprovisto de toda actividad de control de constitucionalidad con efectos generales, entendida como la comparación objetiva entre una norma legal de inferior jerarquía y la Constitución. En dicho procedimiento se destaca la labor creativa del juzgador, la aplicación directa de las disposiciones constitucionales y la posibilidad de inaplicar en casos concretos leyes positivas vigentes o actos administrativos, cuando estos violen los derechos fundamentales. Se trata de un procedimiento subsidiario, residual, preferente y sumario cuyo objetivo fundamental es garantizar la protección de la persona en circunstancias de urgencia cuando no existe otro mecanismo judicial o cuando existiendo éste es necesario evitar perjuicios irremediables. El procedimiento descrito procede tratándose de acciones y omisiones de las autoridades públicas y contra particulares en los casos en los cuales se ponga a la víctima en situación de



¹⁴ Para este tema se pueden consultar los siguientes artículos: Kelsen, Hans. «Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine». En: *Revue française de Droit Constitutionnel*, número 1, 1990; “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio Comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”. Traducción de Domingo García Belaunde del texto original publicado en: “*The Journal of Politics*”, vol. 4, mayo de 1942, núm. 2, pp. 183-200; Perogaro, Lucio. “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* No. 6, 2002, pp. 393-416; Grewe, Constance. «A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe: L’enchevêtrement des contentieux et des procédures». En: *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l’honneur de Michel Fromont*. Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 255-266; Cappelletti, Mauro. *Le pouvoir des juges*. Traduction de René David, préface de Louis Favoreu, Collection Droit Public Positif, Economica, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1990, p. 181; Fernández Segado, Francisco. «La faillite de la bipolarité ‘modèle américain-modèle européen’ en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d’une nouvelle typologie explicative». En: *Mélanges en l’honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public*, Dalloz, 2004, p. 1086 ; Weber, Albrecht. «Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences». En: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XIX. Economica, 2003, p. 29 et ss. Bernal Cano, Natalia. “Análisis crítico de la separación estricta de los modelos de justicia constitucional en Francia y en Alemania para la protección de los derechos fundamentales”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 9. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, 2009.

inferioridad o indefensión, se vulnere un interés colectivo o se ejecute un servicio público.

La acción de tutela colombiana no permite el control de constitucionalidad de los actos producidos por los poderes públicos, como sucede en los sistemas constitucionales que prevén el recurso de amparo o los recursos individuales.

De igual manera, el procedimiento prohija por vía jurisprudencial (sentencia T-669 de 1996) la excepción de inconstitucionalidad sin que formalmente se acepte en el artículo 6 numeral 5 del decreto 2591 de 1991 la tutela contra actos generales, impersonales y abstractos. Al interpretar dicho decreto, consideramos que no existe regulación de la interposición del control constitucional por vía de excepción. En este sentido, los jueces *a quo* o de otras jurisdicciones, pueden reconocer la excepción de inconstitucionalidad cuando a nivel jurisprudencial la Corte Constitucional reconoce o exige el cumplimiento de dicho deber. En otros eventos, cuando no hay sentencia de la Corte, persisten vacíos y los jueces de otras instancias no suelen inaplicar normas inconstitucionales de manera uniforme.

Los vacíos legales y constitucionales de la excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia impiden perfeccionar el control de constitucionalidad de las leyes. No existe norma expresa que obligue a la Corte Constitucional a pronunciarse con efectos generales sobre una cuestión de constitucionalidad. Conviene al respecto prohijar en el ordenamiento Colombiano el procedimiento incidental o iniciado por cuestión prejudicial de constitucionalidad que existe en diversos ordenamientos jurídicos Europeos. Así se resolverían problemas de inseguridad jurídica.

En Alemania, según el artículo 100 de la LF, la ley cuestionada debe ser aplicable al caso y no debe haber ninguna duda sobre su inconstitucionalidad para que el juez *a quo* formule la cuestión a la Corte Constitucional, quien se pronunciará definitivamente mediante una decisión con efectos generales.

En Francia, según la reciente ley orgánica vigente el primero de marzo de 2010, existe un sistema de filtros. Las partes en un proceso judicial deben manifestar al juez ordinario (*juge judiciaire*) o al juez administrativo que la ley aplicable en el proceso viola los derechos fundamentales. Debe haber una duda sobre la constitucionalidad de la ley. Debe formularse, de igual manera, una cuestión seria que impida la dilación o la obstrucción del procedimiento. Dicha cuestión debe formularse directamente por el juez de la respectiva jurisdicción, a la Corte de Casación o al Consejo de Estado, quienes determinarán si es procedente elevar la cuestión de constitucionalidad al Consejo Constitucional. La decisión del Consejo Constitucional se emitirá con efectos generales y dicho control de constitucionalidad deberá efectuarse de manera previa en caso de que coexista trámite de control de convencionalidad o

control de la ley respecto a los Tratados internacionales, procedimiento que, a diferencia del primero, produce efectos relativos inter partes.¹⁵

Puede afirmarse desde un punto de vista cuantitativo que es más significativa la labor del llamado juez de tutela que la labor del juez de constitucionalidad, pues en virtud de la inmediatez del procedimiento de tutela, se protege directamente a la víctima de la violación o amenaza de un derecho fundamental en la situación concreta, con fundamento en las líneas jurisprudenciales reiteradas de la Corte Constitucional en casos similares. Se valora, de manera primordial en este tipo de proceso, todo hecho y toda prueba aportada al mismo; se reconoce una libertad de remedios para aplicar medidas cautelares atípicas que se consideren necesarias para proteger a la persona. En los razonamientos judiciales se tiende a reiterar las consideraciones de la Corte Constitucional en sus anteriores pronunciamientos, admitiéndose que existe un sistema de “precedentes con fuerza vinculante u obligatoria” según el cual, por regla general, los jueces ordinarios no pueden apartarse libremente de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En pocas palabras, varios casos análogos se reiteran sucesivamente y para la solución de cada uno se aplican los precedentes de la Corte Constitucional, sin que exista un verdadero control de constitucionalidad.

Para fortalecer la protección de la Constitución y de los derechos fundamentales, los jueces podrían aplicar metodologías de razonamiento que mezclen o integren las doctrinas americanas y europeas. En este sentido, las decisiones judiciales no sólo deberían basarse en criterios jurisprudenciales, reiterados y constantes para cada caso o circunstancia fáctica.

La jurisprudencia emanada de procesos iniciados por acción de tutela podría evolucionar aún más si se incentiva la incorporación de elementos del control abstracto de constitucionalidad. Esta solución se aplicaría contra el desequilibrio manifiesto que existe entre los procesos. En efecto, según las estadísticas de la Corte Constitucional Colombiana, desde 1991 hasta el 10 de noviembre del año 2009, existen 12.467 procesos de tutela revisados por la Corte Constitucional y 4.738 sentencias proferidas en el procedimiento de



¹⁵ Les Entretiens d'Aguesseau: OMIJ - Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques. Sujet du colloque «Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux: la question prioritaire de constitutionnalité». Conseil Régional du Limousin, salle d'Assemblée, Faculté de Droit et des Sciences Économiques de l'Université de Limoges, organisé le 26 mars 2010. Avec le soutien du Conseil Régional du Limousin, de l'Université de Limoges, de l'École Nationale de la Magistrature, de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Limoges. Table ronde animée par Natalia Bernal Cano, Docteur en droit comparé, Wanda MASTOR, Professeur de droit public à l'Université de Limoges et Luis Pomed Sánchez, Juriste attaché au Tribunal constitutionnel espagnol : L'exception d'inconstitutionnalité en droit comparé (Espagne, Etats-Unis...). Disponible en: http://www.limoges.maville.com/actu/actudet_-La-Constitution-au-coeur-de-la-Justice_loc-1310181_actu.Htm ó en: http://www.lamontagne.fr/editions_locales/haute_vienne/jean_louis_debre_present_demain@CARGNjFdJSsGFBkMCxo-.html.

control abstracto. La congestión generada en los procesos de tutela es bastante notoria y en muchas ocasiones se frustra el control de constitucionalidad por el rigor que se exige a los actores en los requisitos de argumentación de las acciones públicas. Esta circunstancia genera un gran número de fallos inhibitorios que impiden el examen de las leyes (584 fallos inhibitorios hasta 2006, 6.489 acciones públicas instauradas y 4.368 sentencias no inhibitorias proferidas hasta finales de 2007).

La mayor parte de procesos judiciales por violación de los derechos subjetivos puede tener su origen real en una ley inconstitucional y no en una situación de hecho. Sin embargo, las consecuencias de la inconstitucionalidad en cada caso concreto son observadas de preferencia en cada procedimiento instaurado por acción de tutela, reiterando las soluciones concretas precedentes tenidas en cuenta para casos similares. En este caso, el juez obra de urgencia sin que pueda controlar el vicio de inconstitucionalidad de la ley que realmente ocasionó el perjuicio.

Tradicionalmente, la jurisprudencia constitucional colombiana separa con fundamento, en el Artículo 241 de la Constitución, el procedimiento objetivo de control normativo y la protección de los derechos fundamentales del individuo. En este orden de ideas, quien es actor en un proceso de control abstracto no puede argumentar que una ley afecta sus intereses concretos, y quien es actor en un proceso instaurado por acción de tutela no puede solicitar el control de constitucionalidad de actos generales.

La fuente del derecho por excelencia en el proceso instaurado por acción de tutela es la jurisprudencia y, en el control abstracto, un elemento primordial del razonamiento es la ley que es susceptible de control.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha permitido la articulación o mezcla de procedimientos constitucionales en casos aislados, admitiendo con ello la combinación de fuentes del derecho en el razonamiento judicial. Al respecto es necesario observar ejemplos de control de constitucionalidad de la aplicación de las leyes inconstitucionales o ejemplos de procesos de tutela con efectos más allá del litigio. Estas fórmulas jurisprudenciales, en nuestro juicio, muestran un notorio activismo orientado a fortalecer los derechos y garantías individuales constitucionales; en otras palabras, un notorio poder creador del juez constitucional.

2. Tipos de control de constitucionalidad y su posible combinación

Moderando un poco los efectos de las estrictas corrientes positivas, conviene reconocer un poder creador al juez constitucional al elegir los métodos de razonamiento como manifestación de su autonomía. Siguiendo este criterio, la estricta reiteración jurisprudencial o aplicación automática

de “precedentes” o decisiones anteriores puede resultar una técnica regresiva que estanca los procesos de evolución del Derecho Constitucional.

El juez constitucional bien puede combinar elementos del control abstracto en los procesos concretos de protección de los derechos fundamentales. De manera inversa, pueden incorporarse elementos de los procesos de protección individual en el proceso de control abstracto de constitucionalidad. Esta fórmula, diversa a la reiteración de precedentes o de líneas jurisprudenciales aplicadas en cada caso concreto, permite “la objetivación de los recursos individuales”. Al respecto podríamos decir que se trata de ligar la protección de la persona en casos concretos a la protección del ordenamiento jurídico sometido a la Constitución. El juez de tutela podría acercarse a los efectos generales del control constitucional, ir más allá del litigio y proteger simultáneamente al individuo en la circunstancia específica.

Objetivar un recurso individual u objetivar la acción de tutela colombiana consiste en volver más general el procedimiento, permitiendo con ello soluciones diversas que dependen de la creatividad moderada de los jueces, por ejemplo: beneficiar a otras personas más allá de las partes del proceso, prevenir la violación de los derechos, determinar reglas o pautas para una futura legislación, examinar controversias que susciten un interés público, decretar medidas de alcance general en las cuales se pueda incitar al legislador a corregir su producción normativa inconstitucional, detectar los vacíos normativos, instaurar planes o programas de alcance general que beneficien con fines preventivos a la población vulnerable que pueda encontrarse en iguales circunstancias a las de la víctima en un proceso determinado.

En los sistemas europeos de justicia constitucional que prevén los recursos individuales para la protección de los derechos fundamentales, procede el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos con efectos generales como un factor adicional a la protección de la víctima en el caso concreto. Este elemento objetivo del procedimiento mixto impide que la violación que ha sido alegada por imperfección del derecho positivo, vuelva a reiterarse en innumerables casos concretos en los cuales un gran número de individuos congestionará de manera aislada las jurisdicciones. (Ver por ejemplo del Artículo 93.I al 4a LF alemana).

El razonamiento de los jueces puede variar, no sólo para tratar de objetivar los procedimientos individuales sino para observar situaciones concretas afectadas por las leyes. En casos aislados, no reiterados, la Corte Constitucional Colombiana, sin que se hable propiamente de un precedente judicial obligatorio, ha adoptado un razonamiento dinámico para proteger a los más vulnerables en procedimientos de control abstracto. La argumentación utilizada en esta ocasión no es seguida por la jurisprudencia mayoritaria; sin embargo, podría la Corte Constitucional volver a dicha tendencia para

evitar futuros procedimientos instaurados por acciones de tutela cuyo objeto común sea la protección de los individuos que han sido afectados de manera concreta en sus derechos.

Tratándose de la protección de individuos contra los efectos de aplicación de las leyes en el proceso de control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional Colombiana ha permitido los análisis empíricos, distintos a los exámenes normativos; los análisis de circunstancias concretas; los análisis de factores sociales, políticos, sociológicos o económicos; los análisis de los perjuicios concretos causados a los titulares de la acción pública que ha sido instaurada en el proceso y a los individuos en circunstancias similares.¹⁶ En este caso, el proceso originalmente objetivo y previsto únicamente para el examen de la ley, cambia de naturaleza y adquiere una connotación mixta.

La jurisprudencia puede tener oscilaciones o variar según las necesidades del caso. Variar las tendencias de la Corte Constitucional no significa violar el derecho, sino fortalecer la protección individual. Con ello se logra, sin duda alguna, el objetivo de la evolución y el perfeccionamiento del derecho constitucional.

CONCLUSIONES

El control constitucional de normas y la protección subjetiva de derechos fundamentales no pueden separarse en los razonamientos constitucio-



¹⁶ La sentencia C-126 de 2005 permitió el análisis empírico de datos estadísticos para verificar si la medida legislativa en cuestión era razonable. En el caso estudiado, la calidad de vida fue el factor socio-económico analizado para determinar los efectos concretos del aumento legal de la edad de la mujer para recibir los derechos pensionales. En materia de derecho laboral, la Corte Constitucional determinó que la aplicación de la norma cuestionada podía causar daños a las situaciones concretas de los trabajadores. En este sentido, la sentencia C-160 de 1999 estudió el régimen de conciliación en el marco de procesos administrativos ante el Ministerio de trabajo. En dicho caso, el juez constitucional detectó la aplicación defectuosa de la norma cuestionada, a pesar de su conformidad con la Constitución. El Ministerio de trabajo no tenía infraestructura necesaria para solucionar los conflictos de forma eficaz y oportuna, por ello la Corte Constitucional Colombiana declaró que la exigencia legal de la conciliación resultó ser un obstáculo para acceder a la justicia. La sentencia C-371 de 2000 evaluó el nivel de estudios de las mujeres para proteger la participación democrática en los niveles de decisión del Estado. La sentencia C-1489 de 2000 reconoció el control de la aplicación de las leyes en razón de la importancia de la materia debatida. El derecho a la protección de la salud fue el tema analizado y el actor estimó que la concretización de la ley cuestionada facilitaba que las empresas que gestionan la salud no cumplieran las finalidades legales previstas. La Corte Constitucional admitió la demanda de constitucionalidad reconociendo un examen del acto normativo y un análisis de los efectos concretos de la ley demandada. Dichos efectos se relacionan con la aplicación legal asegurada por las empresas de salud.

En la sentencia C-383 de 1999 la Corte Constitucional consideró que el sistema legislativo cuestionado provocó que se superara, en la práctica, la capacidad de pago de los deudores en programas de adquisición de vivienda. En dicho caso, la Corte Constitucional determinó que una norma puede volverse inconstitucional a través de sus efectos prácticos.

En la sentencia C-03 de 2006 la Corte Constitucional Colombiana protege directamente los contribuyentes contra los efectos directos de una ley que creó un régimen de impuestos contrario a la Constitución. Se declara la inconstitucionalidad de la norma en causa y se ordena restablecer los derechos patrimoniales vulnerados en situaciones concretas.

nales. Los jueces deben verificar esta fórmula para fortalecer la protección del derecho constitucional con los medios que estimen necesarios sin violar la Constitución.

En Colombia el proceso de control abstracto permite proteger los derechos fundamentales gracias a sus efectos generales en múltiples situaciones concretas que resultan afectadas por las leyes inconstitucionales. No obstante, esta connotación objetiva y subjetiva no se reconoce de manera uniforme en el razonamiento de los jueces.

Ahora, ¿qué elementos debe contener un buen razonamiento judicial? Aquellos que fortalezcan la protección de la persona sin violar el ordenamiento jurídico pre-establecido. En esta lógica inicial de coherencia jurídica, de Estado de Derecho o de Estado sujeto a la Ley, debe basarse la protección efectiva del individuo. No se trata de incentivar ciegamente una noción estricta de positivismo jurídico, en virtud de la cual prime la interpretación literal de las normas jurídicas excluyendo la creatividad del razonamiento judicial. Es menester evitar el poder desmesurado de los jueces constitucionales o el uso exclusivo de la reiterada jurisprudencia.

La protección de los derechos fundamentales puede ser más eficaz si se mezclan o se combinan, en el razonamiento judicial, las fuentes del derecho y los mecanismos de protección derivados de las formas de justicia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

1. Autexier, Christian. *Introduction au droit public allemand*. Collection droit fondamental, droit politique et théorique, PUF, 1997, p. 107 et ss.
2. Baldassare, B. *Diritto inviolabili*. Enc Giur T XI Rome Treccani, 1989, p. 21, p. 88.
3. Bernal Cano, Natalia. “Análisis crítico de la separación estricta de los modelos de justicia constitucional en Francia y en Alemania para la protección de los derechos fundamentales”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 9. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, 2009.
4. Bernal Cano, Natalia. *Le contrôle de constitutionnalité de la loi sur recours d'un individu en Allemagne, Belgique et Colombie. Réflexions comparatives pour un nouveau modèle de justice constitutionnelle* [Tesis doctoral], París, Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne, Doctorado en Derecho Comparado, julio de 2009.
5. Bernal Cano, Natalia. “Variaciones sobre una iniciativa de reforma de la justicia constitucional en Colombia”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*. Édité par Konrad Adenauer Stiftung.

- Rechtsstaatsprogramms für Lateinamerika/Montevideo. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica /Montevideo. Segundo Semestre 2009.
6. Bernatchez, Stéphane. «Le rôle du pouvoir judiciaire en matière d'accommodements raisonnables: de l'interprétation à la création des normes?». *Accommodements raisonnables et rôle de l'État: un défi démocratique*. Congrès de l'Institut canadien d'administration de la justice, Québec, 26 de septembre de 2008.
 7. Blackstone, W. *Commentaires on the laws of England. Facsimile of the first edition of 1765-1769, Vol. 1*. University of Chicago Press, 1979, p. 69.
 8. Cappelletti, Mauro. *Le pouvoir des juges* (trad.). Collection Droit Public Positif, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p. 181.
 9. Caretti, Paolo. *I Diritti Fondamentali*. G. Giappichelli Editore, 2002.
 10. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-557 de 2001.
 11. Costa, Pietro & Danilo Zolo (edit.). *The Rule of Law History, Theory and Criticism*. Law and Philosophy Library, Volume 80, Springer 2007.
 12. Di Mano, Thierry. «Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel Français». En: *Cahiers du Conseil Constitutionnel No. 20*, 2006, pp. 205-230.
 13. Ergec, Rusen. *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*. Actes du colloque tenu à l'université libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994. Groupe pluridisciplinaire de Coordination en matière des droits de l'homme de l'Université Libre de Bruxelles, pp. 8-103.
 14. Fairgrieve, Duncan & Muir Watt, Horatia. *Common Law et tradition civiliste*. Puf. Droit et justice, 2006.
 15. Favoreu, Louis et al. *Droit constitutionnel*, Dalloz 2^{ème} Edition, 1999, p. 789.
 16. Fernández Segado, Francisco. «La faillite de la bipolarité 'modèle américain-modèle européen' en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative». En: *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public*. Dalloz, 2004, p. 1.086.
 17. Fromont, Michel. «Les revirements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne». En: *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel No 20*. 2006, p. 110 et ss.
 18. Grewe, Constance. «A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe: L'enchevêtrement des contentieux et des procédures». En: *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*. Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 255-266.
 19. Kelsen, Hans. El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio Comparado de las constituciones austriaca y norteamericana (trad.). En: "The Journal of Politics", Vol. 4, mayo de 1942, núm. 2, pp. 183-200.

20. Kelsen, Hans. *Judicial Review of legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*. *Ius Et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año IV, número 6, junio de 1993, p. 83.
21. Kelsen, Hans. *Théorie générale des normes*. (trad.). París, P.U.F., 1996.
22. Lebel-Grenier, Sébastien. *The Common Law in a Transnational Perspective*. Texte publié dans les actes du colloque *Common Law at the Crossroads* de la *Association of Irish Law Teachers* tenue à Galway en Irlande du 25 au 27 avril 2003.
23. Lillo, Pasquale. *Diritti fondamentali e libertà delle persona*. G. Giappichelli Editore-Torino, 2001, p. 69 et ss.
24. López Medina, Diego Alejandro. *El derecho de los jueces*. 2ª edición. Ediciones Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.
25. Márquez Vásquez, Clara Inés. *Consideraciones sobre el derecho viviente*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Biblioteca jurídica virtual. Revista Elementos de Juicio.
26. Modugno F. *Nuovi diritti e principi supremi della costituzione*. V Colloque de l'association italienne des constitutionnalistes, Taormina 30 Novembre - 1 Décembre 1990.
27. Perogaro, Lucio. "La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional". En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional No 6*. 2002, pp. 393-416.
28. Segal, Jeffrey A.; Spaeth, Harold J. & Benesh, Sara C. *The Supreme Court in the American Legal System*. Cambridge University Press, 2005.
29. Severino, Caterina. *La doctrine du droit vivant*. Collection Droit Public Positif dirigée par Louis Favoreu. Economica, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2003.
30. Weber, Albrecht. «Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences». En: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XIX*. Economica, 2003, p. 29 et ss.
31. Wendell Holmes, Oliver (1841-1935). *The Common Law*. Cover Copyright 2009, by Cosimo, Inc. *The Common Law was originally published in 1881*.
32. Zoller, Elizabeth. «Les revirements de jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis». En: *Cahiers du Conseil Constitutionnel, No 20*. 2006, p. 104 et ss.
33. Zoller, Elizabeth (dir.). *Marbury v. Madison: 1803-2003. Un dialogue franco-américain*. Dalloz, 2003. Actes du colloque organisé les 28 février et 1^{er} mars 2003 par le Centre de droit américain de l'Université Panthéon-Assas Paris II.