

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO DEL JUEZ Y LAS FORMAS ARTICULADAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARATIVA

NATALIA BERNAL CANO*

SUMARIO

I.—LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA: DOS FUENTES COMPLEMENTARIAS DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL. 1. Las fuentes del razonamiento judicial. 2. La conservación y los cambios de las tendencias jurisprudenciales. Un razonamiento alternativo de los jueces. II.—LAS FORMAS ARTICULADAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. 1. La separación estricta de los procedimientos constitucionales. 2. Tipos de control de constitucionalidad y su posible articulación.

RESUMEN

El siguiente artículo ilustra diversas manifestaciones de la creatividad de los jueces en los procesos judiciales; en particular la protección de los derechos fundamentales y analiza la jurisprudencia y la fuente de origen legal en un mismo plano de igualdad; sin establecer jerarquías entre dichas fuentes.

Con el uso equilibrado de la jurisprudencia y de la ley en los razonamientos judiciales, se garantiza la separación de los poderes públicos y un razonamiento equilibrado que no subordina una fuente de derecho a otra; considerada como superior o principal. De igual manera, se evitan los excesos o la arbitrariedad de los jueces cuando estos se alejan del marco de las leyes o las interpretan de manera aislada y muy restrictiva; tomando como referencia, únicamente su tenor literal sin otorgar un rol importante a la jurisprudencia.

El artículo explica las hipótesis de fusión de los procesos constitucionales que controlan la constitucionalidad de las leyes y protegen los derechos fundamentales en casos concretos.

* Miembro de la Asociación Francesa de Derecho Constitucional. P.h.D en Derecho Comparado. Miembro del Centro de investigaciones en derecho constitucional. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Palabras clave: Derechos fundamentales; Control de constitucionalidad; Jurisdicción constitucional; Jurisprudencia.

ABSTRACT

The following article shows different manifestations of creativity from judges in judicial processes. In particular in relation to the protection of fundamental rights and analyses jurisprudence and the source of legal origin on equal terms, without establishing hierarchy between the sources.

Through the balanced use of the jurisprudence and the law in judicial reasoning, the separation of the authorities and a balanced reasoning that does not subordinate one source of rights to another (considered as superior or principal), is guaranteed. Likewise, arbitrariness and excess from judges are avoided when they move away from the law frame or when their interpretations are very restrictive or made independently, taking as reference literal meaning and not giving the jurisprudence its important role.

The article explains the hypothesis of constitutional processes fusing together, controlling the constitutionality of the laws and protecting the fundamental rights in specific cases.

Key words: Fundamental rights; Judicial review; Constitutional jurisdiction; Jurisprudence.

Las siguientes reflexiones proponen un activismo judicial moderado cuyo fin es garantizar en un Estado de Derecho, la protección eficaz de los derechos y libertades fundamentales. No se trata de incentivar un poder judicial excesivo apoyado en la necesidad o en la urgencia de proteger los derechos constitucionales, mediante razonamientos jurídicos que aceptan la invasión del ámbito de legislador o la inobservancia de normas jurídicas escritas con desconocimiento de la misma Constitución.

Cuando el juez constitucional ejerce su poder creador, aún más allá de las fronteras de su propia jurisprudencia, las medidas de protección individual en cada proceso en particular, deben estar justificadas en el ordenamiento jurídico subordinado a la Constitución¹.

El poder creador del juzgador excluye un sistema de fuentes extremadamente legalista en el cual no se pueda poner en duda el derecho escrito o interpretar la norma escrita fuera de su tenor literal. Dicho poder se garantiza reconociendo ciertos límites coherentes, los cuales podrían relacionarse con un nuevo concepto del «positivismo jurídico», el cual hemos desarrollado con fundamento en nuestras recientes investigaciones².

¹ La ley es la expresión de la voluntad soberana en la medida en que se respete la Constitución.

² Natalia BERNAL CANO, «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

Para lograr un activismo que asegure la garantía judicial y eficacia concreta de los derechos, es preciso que los jueces amplíen con prudencia su capacidad creativa, aún cambiando los criterios tradicionales o la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es importante señalar que dicha autonomía no es sinónimo de arbitrariedad ni de exceso de poder. En efecto, la medida del poder creador del juez constitucional está en el derecho positivo, en la coherencia jurídica. El juez puede ir más allá de la ley escrita, siempre y cuando no vulnere con ello la Constitución y la finalidad sea el fortalecimiento de la protección individual. Esta significación de lo que hemos llamado «positivismo jurídico moderado» o autonomía judicial bajo los límites del ordenamiento jurídico escrito, supone crear o aplicar cualquier medida preventiva para la protección de los derechos, aún más allá del litigio o evitar la violación de los mismos en casos concretos, a pesar de que dichos remedios procesales, no estén explícitamente contemplados a nivel jurisprudencial ni legal. Dichas medidas no pueden ser excesivas, desproporcionadas, superfluas, innecesarias, ilegales, arbitrarias o ineficaces. En consecuencia, la justificación del activismo judicial, es el fortalecimiento de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales.

Puede existir un exceso en la actividad judicial con límites asegurados por la misma Constitución, esto implica respetar el principio de legalidad existente en un Estado de derecho.

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

El positivismo jurídico moderado, garantiza que la ley y la jurisprudencia sean en realidad fuentes complementarias del razonamiento judicial (I). De igual manera, pueden articularse con esta filosofía las formas de justicia constitucional (II).

dirigée par le professeur Otto Pfersmann. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Ver también Natalia Bernal Cano, «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. A paraître le deuxième semestre de l'année 2009.

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

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

1. Las fuentes del razonamiento judicial

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 porque 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 manera, no puede afirmarse de manera absoluta que en los sistemas de derecho continental se rechaza la aplicación directa de la Constitución. 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, ni basar su decisión 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, 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, sin que se hable de derechos o garantías más o menos importantes que otras en términos generales.

Por otra parte, en el sistema constitucional alemán, las reglas del principio de proporcionalidad³ 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 viviente⁴ que permite un activismo judicial y una interpretación realista de las normas jurídicas según su aplicación en la realidad.

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 esta. Puede aplicarse directamente la Constitución cuando la legislación presenta vacíos. En este caso, la interpretación del juzgador puede ser amplia y su labor

³ Sobre el principio de proporcionalidad: « 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)I, recensement). Le principe s'applique dans les rapports entre la puissance publique et l'individu et non aux obligations de nature civile (*BverfGE* 30,173(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» (*BverfGE* 65,1(54)I)». Christian AUTEXIER *Introduction au droit public allemand*. Collection droit fondamental, droit politique et théorique, PUF, 1997. P. 107 et ss.

⁴ Caterina SEVERINO, «La doctrine du droit vivant, Collection Droit Public Positif dirigée par Louis FAVOREU. Economica. Presses Universitaires D'Aix-Marseille.2003.

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 los debates que existen en la doctrina⁵ 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 consciencia 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 a la Constitución, puede incluso ordenar al legislador la corrección de normas inconstitucionales en determinados plazos bajo ciertas pautas, 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.

A pesar de que la jurisprudencia no es fuente primaria en los sistemas de derecho Romano-germánico, ello no significa que a dicha fuente 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 ha afirmado que los sistemas de derecho continental son extremadamente legalistas, dejan de lado la jurisprudencia, son regresivos 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. Ello no significa, que el juez no pueda ir más allá del alcance normativo, si el razonamiento es lógico o se ajusta a la Constitución.

En los sistemas de derecho continental no hay conservación de dere-

cho, 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 este 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 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 pueden aplicar e interpretar libremente las fuentes del razonamiento sin violar el ordenamiento jurídico que se presume constitucional. No se instaura un sistema totalmente legalista ni se desprestigia el derecho o la actividad de los jueces, si estos limitan su poder creador ajustándose a la ley positiva, si aplican las fuentes legales o si se apartan de determinados criterios jurisprudenciales. 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 aquél 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.

Por el contrario, en los procesos diversos a la excepción de inconstitucionalidad, cuando los jueces inaplican o desconocen las leyes positivas, con miras a proteger directamente un derecho fundamental, crece sin prudencia alguna la labor de reiteración de jurisprudencia. No existe en este caso una total libertad para que el juzgador pueda apartarse de las decisiones emanadas de Tribunales y Cortes Constitucionales.

Al incentivar ilimitadamente el uso de fuentes jurisprudenciales se critica de manera extrema el derecho codificado. Esta circunstancia, permite poco a poco un ilimitado gobierno de los jueces, el cual eliminaría con el tiempo la creatividad inherente a los razonamientos constitucionales.

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, 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. En este orden de ideas, es posible para el juzgador, apartarse de la jurisprudencia constitucional.

Podemos iniciar esta parte de la reflexión con una frase de Elizabeth Zoler, 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 Zoler⁶, «La Cultura de la common

⁵ BALDASSARE B, *Diritto inviolabili*. Enc Giur T XI Rome Treccani 1989 pp. 21 y 88. Paolo CARETTI, *I Diritti Fondamentali*, G. Giappichelli Editore. 2002. Pasquale LILLO, *Diritti fondamentali e libertà delle persona*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2001 pp. 69 y ss. MODUGNO F, *Nuovi diritti e principi supremi della costituzione*. V Colloque de l'association italienne des constitutionnalistes, Taormina 30 Novembre-1 Décembre 1990.

⁶ Elizabeth ZOLER, «*Les revirements de jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis*» in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*. No 20. 2006. pp. 104 y 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 Jeffrey A. SEGAL, Harold J. SPAETH, Sara C. BENESH, «*The Supreme Court in the American Legal System*». Cambridge University Press. 2005. Ver también Duncan FAIRGRIEVE, Horatia MUIR WATT, «*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, la misma debe ser proferida por todas las jurisdicciones en todos los casos de especie similares.

Solo el soporte central de la decisión denominando *ratio decidendi* goza realmente de autoridad o carácter vinculante. Las observaciones incidentales del juez, las motivaciones pedagó-

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 este, pues se acostumbra a los jueces a fallar de la misma manera en otros casos semejantes.

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. Blackstone⁷, 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 Zoler, 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, o stare decisis et quieta non movere*». El juez se atiene por lo general a lo ya decidido por las Cortes

gicas de la decisión (*obiter dictum*) al igual que los razonamientos desidentes 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.

⁷ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England. Facsimile of the first edition of 1765-1769*, vol 1. University of Chicago Press 1979. p. 69.

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)⁸.

La decisión *Roe V. 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 manifiesta que este tipo de sentencias se denominan «superprecedentes» 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 cuáles se conserva un derecho jurisprudencial antiguo o en los sistemas en los cuales la ley es fuente primaria 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 puede evolucionar

⁸ Elizabeth ZOLER, «*Les revirements de jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis*» in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*. No 20, 2006, pp. 104 y 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 apartarse de una regla judicial: Como lo ha dicho la Corte Suprema en 1984, es necesario una justificación especial o 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 v. Tennessee*, la Corte Suprema de los Estados Unidos hizo referencia a «precedentes inaplicables» (*Unworkable*) o mal fundados (*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 esta 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. Referencia *Ibidem*.

nar. La práctica de la citación o de la referencia a diversas decisiones judiciales, no significa que estas 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 similar⁹.

La jurisprudencia alemana ha reconocido dos tipos de transformaciones jurisprudenciales: Cuando existen cambios en las circunstancias o cuando se altera la interpretación constitucional. En el primer caso, 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.

Al contrario, si la ley se considera la fuente más importante del razonamiento, la jurisprudencia podría considerarse como un criterio auxiliar de interpretación sin que exista la obligación de someterse a ella. Esta interpretación basada en la separación estricta de las fuentes del derecho según su origen anglosajón o Romano-Germánico es presentada por la doctrina latinoamericana. Al respecto, manifestamos a diferencia de algunos autores¹⁰ que los sistemas citados no excluyen el poder creador del juez constitucional, nisiquiera 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 las formas abstracta y concreta de justicia constitucional o por qué puede afirmarse que la sujeción a la ley implica siempre una desobediencia de la jurisprudencia?

⁹ Michel FROMONT, «*Les revirements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*», en *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*. No 20, 2006, pp. 110 y ss.

¹⁰ Diego Alejandro LÓPEZ MEDINA, «El derecho de los jueces». Legis. Serie Lex Nova. Segunda Edición. Legis.

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 moligerar la concepción tradicional de positivismo jurídico para garantizar que no solo 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.

II. LAS FORMAS ARTICULADAS 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 tradicional¹¹, es 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 habla de procedimientos mixtos de justicia constitucional que acercan los modelos de carácter difuso americano «ju-

¹¹ Ver el modelo de justicia constitucional desarrollado por 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). Hans Kelsen, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», «Nature et développement de la justice d'État», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 1928, reproducido en: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, vol. 2. Vienne 1968, p. 1813 ss., version française: «La garantie juridictionnelle de la constitution», en: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, T. 45. XXXV; pp. 197-257, version 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*», en *Ius Et Veritas*, revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Hans Kelsen, «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, may 1942, num. 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, Jun. 1993, p. 83.

dicial review and legislation» y de carácter concentrado Europeo *Verfassungsgerichtbarkeit*. 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 a 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, 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 Perogaro, Francisco Fernández Segado, Albrecht Weber, Constance Grewe, Tania Groppi, Michel Fromont, analizan las «formas mixtas de procedimiento constitucional» que resultan de la articulación de los sistemas descritos¹².

¹² Para este interesante tema se pueden consultar los siguientes artículos: Lucio PEROGARO, «La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No 6, 2002, p. 393-416. Constance GREWE, «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. Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*. Traduction de René DAVID. Préface de Louis FAVOREU. Collection Droit Public Positif. Economica. Presses Universitaires d'Aix-Marseille. 1990. Page 181. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «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.

Albrecht WEBER, «Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences», en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. XIX 2003. Economica page 29 et ss. Natalia Bernal Cano. «Análisis crítico de la separación estricta de los modelos de justicia constitucional en Francia y en Alemania para la protección de los derechos funda-

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, 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 objeto fundamental es garantizar la protección de la persona en circunstancias de urgencia cuando no existe otro mecanismo judicial o cuando existiendo dicho mecanismo, es procedente 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 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.

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 sin tener en cuenta otras soluciones procesales ya existentes, en ocasiones más dilatadas o complejas. 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 consi-

mentales», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional No 9. Editorial Porrúa 2009.

deren 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 caso concreto se aplican los precedentes de la Corte Constitucional para cada caso, 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 solo deberían basarse en criterios jurisprudenciales para cada caso o circunstancia fáctica, reiterados y constantes.

La jurisprudencia podría evolucionar aún más si se incentiva la práctica 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 la actualidad, existen 16.605 procesos de tutela revisados por la Corte Constitucional y 4613 sentencias proferidas en el procedimiento de 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.

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 la constitucionalidad 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 ac-

ción 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 en casos aislados, permitiendo con ello la combinación de fuentes del derecho en el razonamiento judicial. Esta fórmula a nuestro juicio muestra un notorio activismo orientado a fortalecer los derechos y garantías individuales constitucionales.

2. Tipos de control de constitucionalidad y su posible articulación

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 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 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, 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 efecto adicional a la protección de la víc-

tima 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 congestionarán de manera aislada las jurisdicciones .

El razonamiento de los jueces puede variar, no solo 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 similares¹³. En este caso, el proceso originalmente objetivo

¹³ 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.

y previsto únicamente para el examen de la ley, cambia de fisionomía 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.

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

¿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, 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, sino de adoptar visiones moderadas de esta Escuela que limiten o eviten el poder desmesurado de los jueces constitucionales o el uso exclusivo de la jurisprudencia.

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.