

El Razonamiento Jurídico del Juez y las Formas Mixtas de Justicia Constitucional desde una Perspectiva Comparativa

Resumen

Las siguientes reflexiones tienen por objeto definir un activismo judicial en un Estado de Derecho. En suma, se presenta un positivismo jurídico moderado; la definición de la creatividad del juez sometida a la Constitución y al ordenamiento jurídico pre-establecido.

Palabras clave

Razonamiento jurídico, activismo judicial, jurisprudencia, precedente judicial, justicia constitucional.

Abstract

The following work attempts to define the scope of judicial activism in a state subject to the rule of law (State of Law). In sum, it defends a moderate legal positivism system: judges' creativity must be subject to the Constitution and the legal system.

Key words

Legal reasoning, judicial activism, jurisprudence, judicial precedent, constitutional justice.

* *Doctora en Derecho y Magister en Derecho Comparado de los Estados Europeos de la U. de Paris*

¹ Fue investigadora "allocataire de recherche" de la Escuela Doctoral de Derecho Comparado y profesora encargada de talleres dirigidos en Derecho Constitucional en la misma Universidad. Fue funcionaria de la Corte Constitucional Colombiana. 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 específica en lengua Francesa (Fachspezifische Fremdsprachenausbildung) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Osnabrück Alemania.

Las siguientes reflexiones tienen por objeto definir un activismo judicial en un Estado de Derecho. Presentaremos en pocas palabras un positivismo jurídico moderado; la definición de la creatividad del juez sometida a la Constitución y al ordenamiento jurídico pre-establecido.

En un razonamiento jurídico creativo y activo, en constante evolución y perfeccionamiento, el juez constitucional no solo debe limitarse a aplicar la reiterada jurisprudencia constitucional. La motivación de las decisiones judiciales bien puede comprender análisis de derecho comparado, una interpretación no siempre constante, sino dinámica y evolutiva de fuentes constitucionales y legales, un arbitraje de garantías, derechos y normas en conflicto, una interpretación del derecho viviente, diversidad de formas atípicas de anticipación del amparo o medidas provisionales innominadas para proteger los derechos fundamentales, nuevos criterios o prácticas que reflejen o hagan aparecer formas mixtas, diversas y novedosas de protección de la Constitución y de los derechos fundamentales. Ninguna medida de protección jurídica se opone a la Constitución si se trata de fortalecer los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los individuos conforme a la coherencia jurídica y bajo los límites de los principios de la supremacía de la Constitución, legalidad y Estado de Derecho.

Un buen razonamiento judicial debe ser provisto de la mayor riqueza argumentativa. Los argumentos de los jueces estructuran una debida motivación y dicha motivación debe garantizar un proceso sometido a la equidad, es decir un debido proceso.

El artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos Humanos define el debido proceso o «procès équitable» como la garantía de la imparcialidad del juez, al establecer en su párrafo primero que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que el derecho a la tutela judicial efectiva implica que los jueces dirijan el proceso sin dilaciones y entorpecimientos indebidos, sin detrimento de los principios del debido proceso, cuando aquellos puedan acarrear impunidad y frustrar la debida protección de los Derechos Humanos. (*Caso Mack Chang*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, y *Bulacio*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003).

La jurisprudencia constitucional podría enriquecerse y perfeccionarse cada vez más si los Tribunales o Cortes Constitucionales se abstienen de desconocer o inaplicar normas vigentes de carácter legal, sin realizar previamente el debido procedimiento de control de constitucionalidad con efectos generales. Esta labor del juzgador para controlar la constitucionalidad de las leyes en abstracto, en situaciones concretas amenazadas por actos de los poderes públicos o en procesos judiciales, se regula de manera detallada en las leyes orgánicas de los Tribunales o de las Cortes Constitucionales de la gran

mayoría de ordenamientos jurídicos, en aplicación o desarrollo del contexto de las disposiciones constitucionales, para evitar toda clase de excesos en la actividad judicial.

El poder creador del juez constitucional puede incentivarse sin violar las disposiciones constitucionales en los diferentes mecanismos de protección de los derechos fundamentales.

Un activismo judicial moderado excluye un sistema de fuentes extremadamente legalista en el cual no es posible interpretar la norma escrita fuera de su tenor literal.² De igual manera, se excluye un sistema jurídico que otorgue a la jurisprudencia un poder ilimitado, casi absoluto, que invada el ámbito del legislador. La creatividad moderada del razonamiento del juez debe asegurar de manera adecuada la eficacia concreta de los derechos fundamentales mediante mecanismos jurídicos de protección conformes a la Carta Política.

Es preciso que los jueces amplíen con prudencia su capacidad creativa, aun cambiando los criterios tradicionales o la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los cambios de circunstancias de hecho o de derecho, cuando ya no resulte lógico o equitativo fallar como tradicionalmente se ha hecho o ante situaciones de extrema urgencia que requieren soluciones atípicas o indeterminadas de anticipación del amparo o de protección constitucional urgente o inmediata. 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 y la Constitución es el marco y la medida del derecho. Bajo esta lógica, los sistemas jurídicos europeos aceptan o prohíben los cambios de jurisprudencia de las Cortes y de los Tribunales Constitucionales³.

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 dirigée par le professeur Otto Pfersmann. Université Paris 1 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. Ver algunos resultados de dicha investigación doctoral en mi artículo titulado, "Variaciones sobre una iniciativa de reforma de la justicia constitucional en Colombia", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009 editado por Konrad Adenauer Stiftung, Rechtsstaatsprogramms für Lateinamerika/Montevidéo. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica /Montevideo. Segundo Semestre 2009.

³ «Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel» Etudes réunies et présentées par Thierry di Manno. Etudes et doctrines, in les Cahiers du Conseil Constitutionnel. N. 20. 2006. Pages 157-160. Ver también en la misma publicación, artículo del profesor Michel FROMONT, «Les revirements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne». Pages 161-172. Sobre medidas atípicas de anticipación del amparo ver el artículo de José OVALLE FAVELA, «Tutela anticipada en el proceso civil iberoamericano». Ver también la tesis de Marilú BELLO CASTILLO, «Tutela preventiva, medidas cautelares y su vinculación con la tutela judicial efectiva». Universidad Católica Andrés Bello. Página 71 y ss. En el marco constitucional de la administración de justicia, cuando se habla de una justicia «accesible, idónea, responsable, sin dilaciones indebidas significa implícitamente que el instrumento de eficacia del proceso con las medidas cautelares. Es de la esencia de la administración de justicia ser efectiva, y si ella es así, son inherentes a esa efectividad las cautelares que la aseguren». Ver igualmente BERIZONCE, Roberto O. en "La tutela anticipatoria en Argentina", pag. 12 nota 50 quien refiere la obra de Mauro Cappelletti "Jurisdicción constitucional de la libertad" (Ed. Unam, México 1961), asimismo en "Acceso a la Justicia" (Milán, 1978 Vol. 1, pag. 66/107. Ver Mauro Cappelletti, "Fundamentos y Confines de las Tutelas Procesales Diferenciadas", en Revista de Derecho Procesal, Tutelas Procesales Diferenciadas, volumen 2008-2, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008, ps. 35 y sgtes, ver también PEYRANO, Jorge "La Medida insatisfactoria: forma diferenciada de tutela

Podríamos llamar “positivismo jurídico moderado” o “poder creador del juez constitucional en una visión moderada del positivismo jurídico”, a toda manifestación de autonomía judicial tendiente a asegurar la protección de los derechos fundamentales con efectos más allá de los litigios particulares sin violar el ordenamiento jurídico escrito. Bajo esta lógica las medidas de protección de los derechos fundamentales empleadas por el juzgador, no pueden ser excesivas, desproporcionadas, superfluas, innecesarias, ilegales, arbitrarias o ineficaces.

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. En este orden de ideas, se permite la autonomía judicial en el uso adecuado y proporcional de las fuentes del derecho. Las fuentes del derecho no deberían ser excluyentes sino complementarias. Dichas fuentes 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 que resulten pertinentes en su razonamiento, sin que sea obligatorio privilegiar siempre la jurisprudencia constitucional reiterada, a pesar de su aplicación constante y uniforme, en los casos en que el grado de eficacia de dicha jurisprudencia para proteger los derechos fundamentales, no sea el mismo. Estos casos tienen que ver con los cambios de circunstancias fácticas, exigencias sociales o modificación de las reglas de derecho.

Una nueva visión moderada mas no estricta del positivismo jurídico, garantiza que la ley y la jurisprudencia sean en realidad fuentes complementarias del razonamiento judicial (I). De igual manera, con este tipo de razonamiento, pueden articularse o mezclarse las formas de justicia constitucional (II).

I. Las 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

que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente: génesis y evolución; en Medidas Autosatisfactivas, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1999, p. 14. Referencias citadas por José María TORRES TRABA, «Un sistema procesal para las tutelas procesales diferenciadas», Comisión 1 Derecho Procesal Civil, XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal Buenos Aires, 12, 13, 14 de noviembre de 2009. Por una justicia transparente en el sistema republicano.

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, primigenias u originarias 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, la creación del derecho, el activismo judicial 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 violar los límites de la norma escrita o positiva, 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.

La sumisión al ordenamiento jurídico pre-establecido, debe entenderse como un deber del juzgador para acatar u obedecer la ley que es conforme a la Constitución, sin violar su contenido o su forma. Se trata entonces de una sumisión a los límites impuestos por la ley como expresión de la voluntad soberana, como acto del legislador sometido a la Constitución. Según la decisión del Consejo Constitucional Francés n. 85-197 del 23 de agosto de 1985, "*la ley solo expresa la voluntad soberana si respeta la Constitución*".

La sumisión del juez al ordenamiento jurídico implica un deber de respeto de la autonomía legislativa y del ámbito del legislador. 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 que desconoce la labor esencial 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 la utilidad de esta sea secundaria o menos importante 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 a la Constitución. En un determinado caso, el juez debe primero interpretar

y aplicar la ley sin alterar su sentido original y dicho juez tiene el deber de no dejar de lado la jurisprudencia pertinente.

La jurisprudencia no es solo una herramienta para interpretar y aplicar la ley. La jurisprudencia es una fuente de creación y renovación del derecho. Su único límite es no violar las leyes conformes a la Constitución que se encuentren vigentes y la Constitución.

En los sistemas de derecho codificado, el juez no se limita a interpretar de manera estricta el tenor literal de un acto legal. La jurisprudencia puede llenar los vacíos del ordenamiento, a través de la aplicación directa de la Constitución, puede aclarar el sentido de la ley oscura, puede comprender la interpretación del contexto constitucional de manera integral, solucionar los conflictos entre los derechos y en este caso el juez ejerce una labor conciliadora. La jurisprudencia puede igualmente reconocer nuevas formas de protección jurídica o derechos fundamentales, a través de la interpretación global y sistemática de la Constitución, puede renovar y perfeccionar el derecho objetivo, unificar los criterios de interpretación, cumplir una labor pedagógica, evitar la inseguridad jurídica, corregir los vicios o vacíos del ordenamiento jurídico ajustándolo a la Constitución, guiar al legislador para mejorar su producción normativa defectuosa.

Cuando no hay solución prevista en la ley, la jurisprudencia bien puede llenar los vacíos mediante la interpretación conforme a la Constitución, sin invadir el espacio del legislador. En este aspecto, bien puede realizarse una labor de cooperación entre los órganos del poder legislativo y judicial y dicha cooperación legítima puede tener lugar en la corrección de la legislación. En este ámbito los poderes públicos deben conciliar sus funciones en lugar de ejercerlas con contradicciones o de manera completamente separada.

Si bien las sentencias emanadas de los Tribunales y de las Cortes Constitucionales son obligatorias, esto no quiere decir que deban desconocerse ciertos cambios para permitir el perfeccionamiento y la evolución del derecho. Los cambios del razonamiento judicial, se deben justificar de manera dinámica, sin violar la Constitución, estimulando una sana crítica, una autonomía judicial en el proceso de interpretación.

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 en el control de constitucionalidad. 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 o principios sobre otros dependiendo de la controversia concreta, 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 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, el análisis de efectos concretos de aplicación de las leyes, 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.

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 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

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) 1), avant de le rattacher à l'essence même des droits fondamentaux (BverfGE 65,1(34)1,recensement). Le principe s'applique dans les rapports entre la puissance publique et l'individu et non aux obligations de nature civile (BverfGE30,173(1991)). Il tend à protéger l'individu des ingérences superflues de la puissance publique (BverfGE 17,306 (31,3 et s) 1), 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)1). «*L'atteinte ne doit pas avoir une intensité sans relation avec l'importance de la chose et les inconvénients imposés au citoyen» (BverfGE65,1(54)1)*». Christian AUTEXIER *Introduction au droit public allemand*. Collection droit fondamental, droit politique et théorique, PUF, 1997. P. 107 et ss.*

⁵ Caterina SEVERINO, «*La doctrine du droit vivant*», Collection Droit Public Positif dirigée par Louis FAVOREU. Economica. Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2003. Ver igualmente el artículo de Gustavo Zagrebelsky, «*Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*» Estudios Constitucionales, año 6 . N.1, 2008. Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. Pp 325- 335. Clara Inés MARQUEZ VÁSQUEZ, «*Consideraciones sobre derecho viviente*» <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librevest/juicial/cont11/vnt/cm7.pdf>.

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 Constitución.

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.

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 término “fuente primaria” bien puede interpretarse como fuente primigenia u originaria del derecho; la ley es una fuente que da origen al derecho. En este orden de ideas, la jurisprudencia no debe entenderse como fuente de menor importancia que la ley. Simplemente, la jurisprudencia no puede reemplazar la ley que es conforme a la Constitución porque dicha ley es válida en el ordenamiento jurídico. La ley y la jurisprudencia, son fuentes de origen distinto, fuentes de naturaleza distinta y ninguna debe suplantar el rol o el lugar de la otra. Las dos fuentes bien pueden complementarse sin estar en pugna y los órganos de donde dichas fuentes emanan bien pueden cooperar juntos.

En los sistemas jurídicos alemán, francés o belga, 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 o impiden la creación del derecho?

⁶ BALDASSARE B., *Diritto inviolabili*, Enc. Giur. XXI Rome/Treccani 1989 P. 21, P. 88. Pour une étude plus approfondie de l'ensemble de thèses sur les nouveaux droits non écrits dans la constitution, l'ouvrage de Paolo CARETTI est fondamentale. Paolo CARETTI, *I Diritti Fondamentali*, G. Giappichelli Editore, 2002. Voir aussi l'ouvrage de Pasquale ILLIO, *Diritti fondamentali e libertà delle persona*, G. GIAPPICHELLI EDITORE-TORINO, 2001 Pages 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.

Hemos visto 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 se presentan vacíos, si el razonamiento es lógico o se ajusta a la Constitución. En este sentido, bien puede el juez llenar los espacios que no llenan las normas legales, sin suplantarse al legislador, cuando las decisiones constitucionales, proferidas en procedimientos de control constitucional, dirigen las bases constitucionales mínimas de la producción normativa o su proceso de corrección.

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

Someter la actividad judicial a la ley no quiere decir estancar el razonamiento del juzgador, limitar la protección constitucional de los derechos que garantiza la jurisprudencia o negar cualquier proceso de creación de derecho. Someter la actividad judicial a la ley no quiere decir, limitarse a aplicar la ley tal y como ella es escrita. Someter la actividad judicial a la ley simplemente quiere decir no violarla.

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. 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. No se instaure un sistema totalmente legalista ni se desprestigie 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.

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.

Cuando los jueces inaplican o desconocen las leyes positivas vigentes, con miras a proteger directamente un derecho fundamental, tiende a crecer la reiteración de jurisprudencia en ese sentido y la fuente legal va perdiendo legitimidad. Al respecto nos preguntamos lo siguiente: ¿la reiteración de precedentes judiciales en este sentido será compatible con el principio de sometimiento del Estado al derecho en un sistema jurídico mixto igualmente influenciado por la *Common law* y por el derecho romano-germánico?

¿Por qué se inaplican las leyes vigentes en cada caso concreto sin efectuar el control de constitucionalidad con efectos generales? Acaso no sería más eficaz inaplicar una norma inconstitucional con ocasión de una sentencia de constitucionalidad con efectos generales o para todos? En este aspecto coincidimos con el profesor Héctor Fix-Zamudio quien nos inspira en nuestras investigaciones relativas al juicio de amparo, al amparo contra leyes y a la declaración general de inconstitucionalidad⁷.

Consideramos que al incentivar ilimitadamente el uso preferente o casi exclusivo de fuentes jurisprudenciales y al incentivar la inaplicación casi ilimitada de normas legales que violan en los casos concretos, los derechos fundamentales sin previo control de constitucionalidad con efectos generales, se reduce la importancia del derecho codificado y su influencia en los sistemas jurídicos mixtos.

De igual manera, la inaplicación de leyes sin declaración general de constitucionalidad con efectos generales por parte de la Corte Constitucional, deja en el ordenamiento jurídico leyes vigentes e imperfectas que violan la Constitución y amenazan a los individuos cuando sean aplicadas en circunstancias jurídicas similares. Esta situación, permite poco a poco un ilimitado “gobierno de los jueces”, un control de constitucionalidad con efectos generales cada vez menos utilizado y un control de constitucionalidad cada vez más inarticulado y difuso sin que se garantice una verdadera unificación de la jurisprudencia constitucional y una verdadera fuerza vinculante que emane de ella.

La significativa conservación de los precedentes limita la creación de nuevas tendencias jurisprudenciales, pues el cambio de jurisprudencia solo puede realizarse en circunstancias muy excepcionales y los problemas se presentan cuando no se precisa en qué consisten dichas circunstancias.

En los sistemas jurídicos mixtos, con influencia europea y americana, pueden reiterarse los criterios jurisprudenciales y resulta igualmente lógico cambiar los razonamientos

⁷ Héctor FIX-ZAMUDIO, «La declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica y el juicio de Amparo Mexicano», aparecido primeramente en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, México, Enero-agosto de 1971, pp. 53-98, y posteriormente en *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 183-236. Ver igualmente del mismo autor «La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad», originalmente en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 11, México, septiembre-diciembre de 1979, pp. 641-694; Ver igualmente del mismo autor «Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos», en el libro colectivo del mismo nombre, México, UNAM, 1977, pp. 32-37, y posteriormente en la obra *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDAPEL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 339-392. Véase también José GUILLERMO VALLARTA PLATA, «El poder judicial y el sistema de la declaración de inconstitucionalidad en Latinoamérica», en la obra mencionada en la nota anterior. *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, pp. 169-186; HORACIO AGUILAR ÁLVAREZ Y DE ALBA, *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1989, pp. 109-128. Agradezco a los Maestros mexicanos estos valiosos aportes citados en mi investigación doctoral titulada «*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 constitutionnelles*», Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en Droit Comparé dirigée par le professeur Otto Pfersmann, Université Paris 1 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. Ver algunos resultados de esta investigación en nuestro artículo titulado, «*Variaciones sobre una iniciativa de reforma de la justicia constitucional en Colombia*» en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009* editado por Konrad Adenauer Stiftung, Rechtsstaatsprogramms für Lateinamerika/Montevidео, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Montevidео, Segundo Semestre 2009.

o apartarse de los precedentes, cuando las circunstancias del caso así lo exigen y cuando se trata de garantizar una confianza legítima respecto a la mejor manera de resolver un caso. Podría existir bajo esta lógica, una combinación de fuentes legales y jurisprudenciales en los razonamientos judiciales, al igual que las transformaciones u oscilaciones de la jurisprudencia, sin que se ponga en peligro la protección de los derechos fundamentales.

2. Los Cambios de las Tendencias Jurisprudenciales. Un Nuevo Horizonte en el Razonamiento Judicial

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, 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”. “Precedente judicial” y “cambio jurisprudencial”.

Según la constitucionalista Elizabeth Zoler⁴, «*La Cultura de la common law preconiza la estabilidad del derecho y el culto al 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,

* Elizabeth ZOLER. «*Les revirements de jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*» in *Cahiers du Conseil Constitutionnel* No 20. 2006. Page 104 et sr. 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 WAIT, «*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 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 decidentes 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.

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. Blackstone⁹, debe respetarse el principio constitucional según el cual, 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, ou stare decisis et quita 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

⁹ W. BLACKSTONE. «Commentaires on the laws of England». Facsimile of the first edition of 1765-1769, vol. I. University of Chicago Press 1979. Page 69.

¹⁰ Elizabeth ZOLER. «Les revirements de jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis» in *Cahiers du Conseil Constitutionnel* No 20. 2006. Page 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 apartarse de una regla judicial: Como lo ha dicho la Corte Suprema en 1981, es necesaria una justificación especial o en 1989 se manifestó un cambio posterior de circunstancias (Subsequent changes) o un desarrollo del derecho (developments 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 ofrece, 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

¿Dónde habrá mayor activismo y creación judicial, en los sistemas en los cuales 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 «*Reverement 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. 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 similar¹¹.

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 menos importante sin que exista la obligación de someterse a ella. Esta interpretación ba-

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*.

¹¹ Michel FROMONT, «*Les reverements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*», in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*. No 20 2006 Page 110 et ss.

sada en la separación estricta de las fuentes del derecho según su origen anglosajón o romano-germánico reduce la eficacia de la protección de los derechos fundamentales.

Los sistemas citados no excluyen el poder creador del juez constitucional. 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 puede implicar una desobediencia de la jurisprudencia¹²?

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 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. Según este razonamiento, pueden mezclarse los mecanismos de protección constitucional de naturaleza abstracta y concreta.

II. Las Formas Mixtas 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 tradicional de la justicia constitucional¹³, limita hoy en día el acceso de los individuos a la Corte Constitucional, aumenta de manera ilimitada el derecho juris-

¹² Ver los argumentos del Doctor Diego Alejandro LÓPEZ MEDINA, «El derecho de los jueces». LEGIS. Serie Lex Nova. Segunda Edición. LEGIS. 2006.

¹³ 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.E. 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, reproduit in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, vol. 2. Vienne 1968, p. 1813 ss., version française: "La garantie juridictionnelle de la constitution", in: *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 SALMORAN, bajo la revisión de Domingo GARCÍA BELAÜNDE, 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 américaines» in *Revue française de Droit Constitutionnel*, numero 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.

prudencial 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 con efectos generales.

Los procedimientos mixtos de justicia constitucional acercan los modelos de carácter difuso americano "*judicial 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 de Protección de la Constitución y de los Derechos Fundamentales

Hans KELSEN en su estudio comparado sobre la justicia constitucional, separa 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, Michel FROMONT, analizan las "formas mixtas de procedimiento constitucional" que resultan de la articulación de los sistemas descritos¹⁴.

¹⁴ 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», in Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont. Presses Universitaires de Strasbourg. 2001. Pages 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», in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public. DALLOZ. 2004. page 1086. Albrecht WEBER, "Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences", in 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 fundamentales en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional No 9. Editorial Porrúa 2009. Se recomienda leer una de las obras más completas sobre la protección de la Constitución: Héctor FIX-ZAMUDIO, "Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano". México. Porrúa-UNAM. Instituto de investigaciones jurídicas. 2005. 434 pp.

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

En las sentencias de la Corte Constitucional, los razonamientos jurídicos tienden a permanecer constantes conformando líneas jurisprudenciales. Este concepto, de inspiración norteamericana, se ha asimilado con éxito 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. Al respecto se presentan problemas cuando otras jurisdicciones desconocen los precedentes.

En el procedimiento instaurado por acción de tutela previsto en el artículo 86 de la Constitución, existe un análisis fáctico 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 concretos, 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 necesario evitar perjuicios irremediables. El procedimiento descrito procede contra 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 con efectos generales 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 múltiples líneas jurisprudenciales reiteradas de la Corte Constitucional en casos similares.

La acción de tutela en Colombia 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 suficiente y detallada 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 y dichos vacíos no pueden suplirse de manera suficiente con la jurisprudencia. No existe norma expresa que obligue a la Corte Constitucional a pronunciarse con efectos generales sobre una cuestión de constitucionalidad. Conviene al respecto prohiñar 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 concreto o proceso judicial y no debe haber ninguna duda sobre su inconstitucionalidad para que el juez *a quo* formule la cuestión a la Corte Constitucional, la que 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 y no permite abrogar la ley¹⁵.

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, États-Unis...). http://www.limoges.maville.com/actu/actudet_-La-Constitution-au-coeur-de-la-Justice_loc-1310181_actu.Htm [http://www.lamontagne.fr/editions_locales/haute_vienne/jean_louis_debre_present_demain@CARGNjFd\]-SsGfBkMCxo-.html](http://www.lamontagne.fr/editions_locales/haute_vienne/jean_louis_debre_present_demain@CARGNjFd]-SsGfBkMCxo-.html)

«Las entrevistas d'Aguesseau: OMIJ- Observatorio de las mutaciones institucionales y jurídicas. Tema del coloquio «El actor en un proceso judicial y la protección de sus derechos fundamentales: la cuestión prioritaria de constitucionalidad». Consejo regional de Limousin; Sala de Asamblea; Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de Limoges, organizado el 26 de marzo 2010. Con el apoyo del Consejo Regional de Limousin; de la Universidad de Limoges, de la Escuela Nacional de la Magistratura; de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de Limoges. Mesa redonda moderada por Natalia BERNAL CANO, Doctora en Derecho Comparado, con la intervención de los conferencistas Wanda MASTOR, profesora de Derecho Público de la Universidad de Limoges y Luis POMED SÁNCHEZ, letrado del Tribunal Constitucional Español: La excepción

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

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 en el mismo procedimiento y si se realizan las debidas reformas constitucionales y legales para controlar actos de los poderes públicos con efectos generales, aplicables o no aplicables en el proceso. Esta solución permitiría resolver el desequilibrio manifiesto que existe entre los procesos constitucionales actuales.

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 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, 6489 acciones públicas instauradas y 4368 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 la constitucionalidad con efectos generales 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.

de inconstitucionalidad en derecho comparado (España, Estados Unidos...» Seminario celebrado en lengua francesa con la presencia de 450 personas y con la participación del Presidente del Consejo Constitucional del Gobierno Francés, Michel Debré, con ocasión de la reforma francesa del control de constitucionalidad iniciado por cuestión prejudicial.
http://www.dimoges.mzville.com/actu/actudet_-La-Constitution-au-coeur-de-la-Justice_loc-1310181_actu.Htm
http://www.lamontagne.fr/editions_locales/haute_vienne/jean_louis_debre_present_demain@CARGN|EdI-SsCFBkMCxo-.html

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, permitiendo 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 a 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 Mixto de Constitucionalidad

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 de naturaleza concreta en el proceso de control abstracto de constitucionalidad. Esta fórmula 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 a varias personas, 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 efecto adicional a la protección de la víctima de la violación de un derecho fundamental en una circunstancia fáctica, no en un proceso judicial. Este elemento objetivo 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.

Este procedimiento diferente al control concreto de constitucionalidad existe en el artículo 93 de la Ley Fundamental alemana.

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 las personas en situaciones de vulnerabilidad manifiesta 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 por los efectos de aplicación de leyes inconstitucionales .

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 similares¹⁶. En este caso, el proceso originalmente objetivo y previsto únicamente para el examen de la ley, cambia de naturaleza y adquiere una connotación mixta.

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 aplicación concreta 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 a los contribuyentes contra los efectos directos de una ley que creó un régimen de impuestos contrario a la Constitución. Se declara

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 de constitucionalidad de las leyes 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 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.

La protección de los derechos fundamentales puede ser aún más eficaz si se combinan en el razonamiento judicial, las fuentes del derecho y las formas de justicia constitucional a través de una reforma constitucional que introduzca en el ordenamiento jurídico colombiano, la tutela contra los actos de los poderes públicos, el recurso directo contra las leyes inconstitucionales que afectan a los individuos mediante su aplicación concreta y la cuestión prejudicial o incidental de constitucionalidad. De esta manera se solucionarían las controversias en materia de colisión de competencias entre las jurisdicciones, en materia de congestión judicial provocada por los procesos de tutela y en materia de eficacia de la protección de los derechos fundamentales.

Podríamos pensar alternativamente en la opción de un solo proceso constitucional iniciado por los individuos cuando se presenten diferentes situaciones. Este proceso tiene una naturaleza mixta cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales en situaciones concretas y la Constitución con efectos generales.

Dicho proceso puede llamarse acción de tutela, puede instaurarse contra los actos de los poderes públicos, entre ellos las leyes, los actos administrativos y las sentencias judiciales, puede iniciarse en casos de violaciones de derechos fundamentales provocadas por la acción y omisión de autoridades públicas o por los particulares en situaciones concretas como bien lo ha previsto el artículo 86 de la Constitución colombiana. Dicho proceso también puede instaurarse de oficio por cualquier juez o por los individuos cuando se viole la Constitución o los derechos fundamentales en procesos judiciales

la inconstitucionalidad de la norma en causa y se ordena restablecer los derechos patrimoniales vulnerados en situaciones concretas.

donde dichos individuos sean partes procesales. Allí la acción de tutela debe permitir necesariamente la formulación de una cuestión prejudicial de constitucionalidad.

Aclaremos que en este caso, la parte procesal debe probar que una ley aplicable en el proceso judicial respectivo, amenaza o vulnera la Constitución o sus derechos fundamentales, con ocasión de la aplicación concreta de leyes inconstitucionales.

El proceso mixto que presentamos teniendo en cuenta los modelos europeos de recursos individuales constitucionales contra actos de los poderes públicos, los modelos europeos de control concreto y control incidental de constitucionalidad; bien puede iniciarse ante las respectivas jurisdicciones; ordinaria y administrativa con el fin de que dichas jurisdicciones formulen a la Corte Constitucional una cuestión de constitucionalidad y suspendan los procedimientos judiciales mientras la Corte Constitucional resuelve con efectos generales dicha cuestión incidental, seria y debidamente fundamentada o formulada.

Con la simplificación del procedimiento constitucional, se facilita el acceso a la Corte Constitucional, una vez se agoten los mecanismos judiciales de procedibilidad ante otras jurisdicciones y en casos de extrema urgencia bien puede suspenderse la aplicación de los actos de los poderes públicos como medida preventiva. De esta manera se garantiza la siguiente fórmula: Control Constitucional y tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en un solo procedimiento.