

**EL JUEZ Y EL PRECEDENTE:
HACIA UNA REINTERPRETACIÓN DE
LA SEPARACIÓN DE PODERES***

**THE JUDGE AND THE PRECEDENT:
TOWARDS AN INTERPRETATION OF
THE SEPARATION OF POWERS**

*Luisa Fernanda García López***

Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2013

Fecha de aceptación: 11 de diciembre de 2013

Disponible en línea: 30 de junio de 2014

Para citar este artículo / To cite this article

García López, Luisa Fernanda, *El juez y el precedente: Hacia una reinterpretación de la separación de poderes*, 128 *Vniversitas* (2014). doi:10.11144/Javeriana.VJ128.jphr

doi:10.11144/Javeriana.VJ128.jphr

* Artículo desarrollado en el marco del proyecto: “Confluencias entre derecho público y derecho privado”, adscrito a la Línea de Investigación en Derecho Privado.

** Abogada de la Universidad del Rosario con Maestría en Derecho Internacional Público, maestría en Derecho Público General y doctorado en Derecho Público Mención Magna Cum Laude, Universidad de Montpellier. Profesora principal de carrera de la Facultad de Jurisprudencia. Correo Postal: Calle 12C # 6-25 - Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. Correo electrónico: luisa.garcia@urosario.edu.co

RESUMEN

El papel del juez durante la República Romana fue determinante y luego abolido y relegado a la “boca de la ley” con la Revolución Francesa. Por su parte, en el esquema anglosajón el juez es creador de derecho y su papel es determinante en el ordenamiento jurídico norteamericano. La realidad jurídica colombiana se ha visto marcada por un rol protagónico de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales y de políticas públicas. En esa medida, la separación de poderes en Colombia obedece a una figura que ha evolucionando desde 1991. La concepción clásica de separación de poderes, o de balance de poderes se ha venido reinterpretando; una nueva versión involucra al juez y el precedente. La jurisprudencia como fuente del derecho en la época de la República Romana, su absoluto rechazo en la Revolución Francesa y su reinterpretación en el siglo XX, dan muestra de la inclusión del juez en el escenario constitucional como garante de la democracia y del *derecho viviente*. Es innegable el papel político y creador del derecho por parte del juez Constitucional, ya que definir e interpretar el contenido de la Constitución es un acto de creación del derecho. Por lo tanto, la democracia actual responde a una reinterpretación de la separación de poderes y la inclusión del juez en el escenario jurídico. En esa medida, el alcance del activismo judicial responde a una actividad interpretativa y de creación de los jueces bajo la denominación de precedente. En Colombia, ese activismo a través de la acción de tutela, ha generado grandes logros a nivel de reconocimiento de derechos fundamentales y de primacía de mecanismos jurídicos ágiles y eficaces, pero más que nada refleja las carencias de un sistema jurídico que no responde a las necesidades de la sociedad.

¿Cuáles son los límites de una Corte Constitucional que ha revolucionado el universo jurídico colombiano? El artículo 241 de la Constitución Política, le impide ejercer funciones propias de otros poderes, pues no debe “convertirse en legislador, sustituir al gobierno en la dirección política o decidir las causas propias de la jurisdicción ordinaria”¹. No obstante, como sus funciones principales son ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y la defensa de los derechos fundamentales, es difícil fijar los límites a la justicia constitucional. Es necesario, partiendo del *common law*, ir creando el corpus jurisprudencial y una serie de parámetros precisos que a partir de la resolución de casos generen armonía, llenen los vacíos y ante todo forjen seguridad jurídica.

Palabras clave: separación de poderes; activismo judicial; precedente judicial; democracia; Constitución

1 Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez editores, España, 1798 (2011).

ABSTRACT

The role of the judge during the Roman Republic was decisive and then abolished and relegated to the “mouth of the law” with the French Revolution. For his part, the judge in the common scheme, he is creator of law and its role is determinant in the American legal system. The Colombian legal reality has been marked by a leading role of constitutional jurisprudence in the area of fundamental rights and public policies. To that extent, the separation of powers in Colombia is due to a figure that has developed since 1991. The classical conception of the separation of powers or balance of powers has been reinterpreting; a new version involves the judge and the precedent. Jurisprudence as a source of law in the time of the Roman Republic, its absolute rejection in the French Revolution and its reinterpretation in the 20th century, are evidence of the inclusion of the judge on the constitutional stage as the guarantor of democracy and of a *living right*. Undeniably the political role as a creator of law by the constitutional judge, define and interpret the content of the Constitution. Therefore, the current democracy responds to a reinterpretation of the separation of powers and the inclusion of the judge on the legal stage. To that extent, the scope of the judicial activism responds to an interpretive activity and creation of judges under the name of precedent. In Colombia, this activism through the *Acción de tutela*, has generated great achievements at the level of recognition of fundamental rights and primacy of agile and effective legal mechanisms, but more than anything else, it reflects the shortcomings of a legal system that does not respond to the needs of the society. What are the limits of a Constitutional Court that has revolutionized the Colombian legal universe? Certainly article 241 of the COP, which implies not exercise functions of other powers, not “become legislator, replace the Government in the policy direction or decide the causes of ordinary jurisdiction”. However, as its main functions are, exercise control over constitutionality of laws and the defense of fundamental rights, it is difficult to set limits to the constitutional courts. It is necessary to the image of the common law to create the jurisprudential corpus and a series of precise parameters that generate harmony, from the resolution of cases fill the gaps and above all to create legal certainty.

Keywords: separation of power; judicial activism; judicial precedent; democracy; Constitution

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. DE LA ACEPTACIÓN A LA NEGACIÓN DE LOS JUECES.- *A. El derecho honorario y la laicización de la jurisprudencia.*- 1. El *ius honorarium*.- 2. La jurisprudencia.- *B. De la separación de poderes a la garantía de derechos.*- 1. La Constitución y la separación de poderes.- 2. La Constitución y la garantía de derechos.- II. EL IDEAL DEMOCRÁTICO Y EL ALCANCE DEL ACTIVISMO JUDICIAL.- *A. La justicia constitucional.*- 1. La legitimidad del juez constitucional.- 2. La jurisprudencia creadora del derecho.- *B. La discrecionalidad.*- 1. El control de constitucionalidad.- 2. Las lagunas del derecho.- III. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA.- *A. El carácter vinculante del precedente.*- 1. Desconocer el precedente es causal para invocar la acción de tutela.- 2. Las sentencias de tutela crean un sistema coherente de interpretación de derechos fundamentales.- *B. El neo-constitucionalismo.*- 1. El alcance del poder creador del derecho en Colombia.- 2. Los límites al poder de creación del derecho.- CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La separación el balance de poderes y son dos técnicas de organización del poder cuya función es evitar el despotismo y garantizar la libertad de los ciudadanos². En efecto, el principio de separación de poderes³ en sentido estricto resulta de la combinación de distribución de funciones estatales y de los órganos competentes, haciendo de la especialización y la independencia el componente determinante⁴. En este sentido, cada uno de los órganos escapa a toda interferencia, tanto en el ejercicio de la función como en su desarrollo⁵.

Por su parte, el balance de poderes es la técnica de organización constitucional que es comúnmente conocida bajo el nombre de *check and balance* o frenos y contrapesos. Este modelo de organización constitucional exige que el poder político sea dividido, o distribuido entre una pluralidad de órganos pero excluye tanto la especialización de la función ejecutiva, de la función legislativa y de los órganos legislativos y ejecutivos. El modelo de balance de poderes parte de la idea de Montesquieu según la cual “el poder limita el poder”⁶. En otras palabras, para evitar que los diferentes órganos del Estado abusen de las competencias que les son conferidas, es necesario no que los poderes sean “perfectamente” separados, sino

2 Riccardo Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit et présenté par Véronique Champeil-Desplats, Dalloz, Paris, 163-174. Traducción libre realizada por la autora (2010).

3 Dentro de la teoría clásica de separación de poderes el ejecutivo no tiene poderes normativos o con fuerza de ley, los jueces no tienen poderes normativos porque si no habría una confusión de poderes, lo que implica que los precedentes judiciales no son obligatorios y las decisiones jurisdiccionales tienen solamente efectos inter-partes. Del mismo modo, los jueces no pueden rechazar la aplicación de la ley, no pueden controlar la conformidad de la ley a la Constitución, en otras palabras, la separación de poderes es incompatible con la garantía jurisdiccional de la Constitución, que supone una Constitución rígida.

Por el contrario, dentro de la noción de balance de poderes, las leyes se someten al control jurisdiccional de constitucionalidad, de suerte que según el caso, todo juez (si se trata de un control difuso) o un solo juez especializado (control concentrado) puede rechazar la aplicación de la ley inconstitucional (control difuso) impedir la promulgación (control centralizado preventivo) o anularlo (control centralizado posterior).

4 Riccardo Guastini, óp. cit., 153 Traducción libre realizada por la autora.

5 En este sentido ver Guastini, 146-161 (2010).

6 La libertad política solamente existe en los Estados donde el poder del Estado no reside en las mismas personas o en el mismo cuerpo de magistrados. Los aportes de Montesquieu al constitucionalismo reposan en que la garantía de libertad se sustenta en los tres poderes que no deben estar en las mismas manos, y la división del poder se refiere a que los tres poderes están en un plano de igualdad. Por ende, no hay un poder superior frente a otros. Los tres poderes se frenan mutuamente, y de esta forma, se mantiene la libertad política. En este sentido cfr. Brewer-Carías, 144-148 (2008).

por el contrario que todo poder encuentre un contrapeso en otro que sea capaz de condicionarlo o de neutralizarlo. En lo ideal, el poder político está incluido en el poder legislativo y el poder ejecutivo, pero nunca en el poder jurisdiccional. En realidad, este poder se considera casi nulo en la medida en que su única función es la de verificar si las leyes fueron o no violadas⁷.

No obstante, en la práctica esto no es tan cierto, ya que tanto la concepción clásica de la separación de poderes como la de balance de poderes se están reinterpretando. Estamos en presencia de una nueva versión del derecho constitucional donde el juez ya no es un actor pasivo y se convierte en un miembro activo que crea derecho por la vía del precedente. En efecto, el sistema colombiano, sin ser un sistema de *common law*, contempla la aplicación del precedente constitucional en la medida en que la Constitución de 1991 reconoció un papel decisivo al juez constitucional, y con ello el mismo juez ha venido consolidando su situación, erigiéndose como el juez “Hércules”, aquel que determina los lineamientos del ordenamiento jurídico, hasta darle un carácter predominante a sus decisiones.

El alcance del precedente constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano ha venido adoptando otras proporciones, como consecuencia del activismo judicial de las altas cortes, y en particular la Corte Constitucional ha adquirido un papel determinante en el ámbito del precedente judicial. Sin lugar a dudas estamos reinterpretando el esquema tradicional y clásico de separación de poderes, ya que el papel del juez constitucional se fortalece en el precedente constitucional, y por ende crea derecho. No obstante, se requiere determinar cuáles son los límites de este juez dentro del esquema de separación de poderes, quién lo limita, y cómo se ajusta su interpretación a la voluntad del constituyente primario. Hasta qué punto los ciudadanos debemos aceptar las decisiones de una corte que sin lugar a dudas ha revolucionado el universo jurídico colombiano, ha sido fuente de avances jurídicos a nivel de derechos y libertades pero no ha estado exenta de un cierto populismo en sus decisiones. Resulta acertado mencionar a Benjamin Hoadly⁸, obispo de Bangor, quien en su sermón ante el rey Jorge I en 1717,

7 Riccardo Guastini, *óp. cit.*, 163-174. Traducción libre realizada por la autora.

8 Elisabeth Zoller, “*La Cour Suprême des Etats Unis d’Amérique*”, *Les Cahiers du droit Constitutionnel*, No. 5, 283. Nota de pie de página 19 (1998).

afirmó: “*quien tiene la autoridad absoluta para interpretar todo tipo de ley; que sea escrita u oral, es el verdadero soberano, y no aquel que la escribe o que la enuncia*”⁹.

Es del caso abordar aspectos tales como hasta qué punto el precedente es fuente en el derecho colombiano, o en qué medida se ha venido incorporando al ordenamiento jurídico la noción de precedente en armonía con la ley, emanación de la voluntad soberana.

Inicialmente, veamos cuáles han sido los argumentos de tipo histórico que justifican ese papel del juez en la construcción del ordenamiento jurídico. Abordemos inicialmente cómo el juez tuvo un papel determinante durante la República Romana, pero luego fue abolido y casi relegado a ser la “boca de la ley” en la Revolución Francesa. Del mismo modo, resulta pertinente abordar cómo el juez en el esquema anglosajón, y en particular el americano, sí es creador de derecho y su papel es determinante en el ordenamiento jurídico norteamericano, para luego evidenciar la realidad colombiana, en la que ha adoptado un rol protagónico en temas de constitucionalidad, de derechos fundamentales y de políticas públicas, abanderando la escena jurídica y política.

En este sentido, el juez constitucional ha mimetizado el trabajo de la Corte Suprema norteamericana, quien ha tenido un verdadero protagonismo en temas de igualdad de derechos y exclusión de propósitos racistas, en materia de defensa de derechos civiles a través de grandes precedentes como la Corte Warren en el caso *Brown v. Board of Education* de 1954 o *Tinker v. Des Moines* de 1969. Cuestiones de aborto como en *Roe v. Wade* en 1973, o acciones afirmativas encaminadas hacia la no discriminación como en el caso *Bowers v. Hardwick* en 1986, *Lawrence v. Texas* en 2003 o *Rasul v. Bush* en 2005. Grandes decisiones que han marcado a la sociedad americana y que se asemejan a las de la Corte Constitucional colombiana en casos como la dosis personal, el aborto o el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Sin lugar a dudas, se vislumbra un cambio en una sociedad conservadora y arraigada en muchos de sus principios y ajustada a las costumbres de la religión católica. No obstante, ¿dónde se encuentran los límites? Estamos frente a una reinterpretación de la

9 Cita de Elizabeth Zoller, 283 (2006). Nota de pie de página 19. Traducción hecha por la autora

separación de poderes y una nueva versión de la democracia. ¿Cómo se ha impuesto el precedente en temas de gran trascendencia en el panorama jurídico colombiano?

Resulta evidente que el juez debe acudir a mecanismos de interpretación que aclaran o definen el contenido de la Constitución y someter de este modo a todos los operadores jurídicos al tenor de sus interpretaciones. Por lo anterior, es relevante el estudio del precedente constitucional¹⁰. Cabe resaltar, que la Corte Constitucional ha reconocido las decisiones de la Corte Suprema de Justicia como de obligatorio cumplimiento¹¹ y vinculantes, al igual que las decisiones del Consejo de Estado por ser jueces de superior jerarquía y órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones. Por lo pronto, nos adentraremos en el estudio del precedente constitucional, su pasado, presente y futuro.

La facultad de creación del derecho por los jueces era propia del *common law*, siendo el sistema romano germánico ajeno a toda facultad de creación del derecho por los jueces, realidad que ha venido evolucionando desde hace algunos años y que se remonta a la época de la República Romana.

I. DE LA ACEPTACIÓN A LA NEGACIÓN DE LOS JUECES

Resulta pertinente hacer una breve mención a la Roma republicana como antecedente remoto de producción del derecho por los jueces.

La Roma arcaica (753 a.C. - 130 a.C.) estuvo marcada por un carácter casi sagrado del derecho, la primacía de la costumbre o de las *mores maiorum*, la preponderancia de los formalismos y la presencia decisiva de los pontífices en la definición del derecho. Las Leyes de las XII tablas, principal fuente del derecho, los senados consultos y las asambleas populares, eran instituciones insignes.

10 La Sala Plena Corte Constitucional, en la sentencia C-836 de 2001, manifestó: “[...] *la administración de justicia, y en general todo el funcionamiento de los órganos estatales está determinado por el tipo de Estado al que pertenecen. El artículo 1° de la Constitución establece que nuestro país es un ‘Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria’. Esta forma de organización implica la unidad del ordenamiento jurídico [...] La consagración constitucional de una estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá —en principio— un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores*”.

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-443 de 2010.

La época clásica (130 a.C. - 230 d.C.), se estructuró sobre un poder legislativo fundamentado en el pueblo, y tanto las emanaciones de los comicios como de los *concilia plebis* eran fuentes del derecho. Los prudentes contribuyeron al florecimiento del derecho romano clásico a través de la jurisprudencia, en parte por la laicización del derecho y la creación de las escuelas, mientras que el pretor y la doctrina son fundamentales en la producción de la jurisprudencia.

A. El derecho honorario y la laicización de la jurisprudencia

Roma entró en contacto con otros pueblos y por ende el derecho de la *civitas* ya no bastaba para satisfacer las exigencias expansionistas. Por lo tanto, el derecho arcaico resultaba desueto para resolver las nuevas exigencias y se reemplazó por un derecho que respondiera a parámetros de equidad y de buena fe. La costumbre persistió, y la ley que se votaba en los comicios se asimiló al plebiscito en la medida en que los tribunos de la plebe ostentaban el monopolio de la iniciativa de la mayoría de textos. Toda persona que atentara contra la figura del tribuno, considerada sacrosanta e inviolable, quedaba amenazada. Con el tiempo, los tribunos fueron reuniendo a la plebe en asambleas donde luego de deliberar votaban resoluciones que eran los plebiscitos que solo tenían fuerza obligatoria dentro de las *concilia plebis*. La evolución de la *intercessio*¹² hizo que los tribunos de la plebe lograran el reconocimiento de magistrados pertenecientes a la plebe, con derecho de veto frente a decisiones emitidas bien fuera por magistrados, cónsules o el Senado. De esta forma, la ley perdió vigencia y fue reemplazada por los edictos de los magistrados, que eran acciones encaminadas a sancionar situaciones de hecho¹³.

El edicto del pretor se erigió así en el fundamento mismo de la ciencia del derecho, en la medida en que al contar con funciones judiciales juzgaba las controversias privadas surgidas entre ciudadanos o con extranjeros.

12 Como antecedente del amparo, la *intercessio* tribunicia del derecho romano y los procesos forales aragoneses de la Edad Media, ver en este sentido Ferrer Macgregor, 39-65 (2006). También ver en este sentido, García y Malagón, 149-167 (2009).

13 César Rascón García, *Manual de derecho romano*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 86 (2000).

Afirma Pomponio: “*En el mismo tiempo los magistrados que impartían justicia, rendían edictos para instruir a los ciudadanos sobre la manera como juzgarían los asuntos y para que les sirvieran de reglas en los procedimientos. Estos edictos del pretor forman el derecho honorario, así llamado en honor a los pretores*” (Digesto I, 2, 2, 10).

1. El *ius honorarium*

El derecho honorario o pretoriano marcó el derecho clásico en la medida en que el pretor “[...] *fue considerado mayor, provisto de imperium y colega menor de los cónsules*”; por tanto, la importancia de esta magistratura radicó en “*la sustracción al consulado, para su ejercicio autónomo, de la atribución de decir el derecho entre los ciudadanos romanos (iusdicere inter cives Romanos), y así regular mediante su edicto^[14] el trámite de las controversias judiciales*”¹⁵.

El derecho honorario, por lo demás, se basaba en la capacidad de creación del derecho por el pretor, quien a través de edictos se pronunciaba para corregir o completar el derecho civil. El pretor urbano¹⁶ era un cargo político elegido en la asamblea popular, mediante el cual podía proponer proyectos de ley pero no podía crear ni modificar leyes de derecho civil preexistentes. Era también un magistrado que impartía justicia y en esa medida “concedía” o “denegaba” la actuación judicial. Sin embargo, más adelante, tuvo la capacidad de interpretación del derecho civil. En esa medida se le concedió una labor creadora de derecho porque concedía acciones no previstas en la legislación o protegía situaciones que inicialmente no eran amparadas por el derecho civil.

La incidencia del edicto del pretor en la Roma republicana fue la de incluir acciones procesales que sugerían la protección de un derecho que no estaba amparado inicialmente por la ley. El edicto era considerado como la viva voz del derecho, y fue introducido

14 Cabe recordar que los edictos eran disposiciones pronunciadas por los magistrados, en este sentido edicto era aquella decisión proveniente del pretor, pero también del cónsul, del censor del tribuno o del edil.

15 Fabio Espitia Garzón, *Historia del Derecho Romano*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 70 (2006):

16 En realidad, el pretor urbano, tenía a su cargo la *iurisdictio* y con ello, pronunciaba un edicto que marcaba el inicio de su mandato, compuesto por una serie de promesas de “*concesión de acciones y excepciones procesales basadas en el ius civile y otras en simples situaciones de hecho*”.

para completar y hasta corregir las disposiciones de la ley. De este modo, el pretor gozaba de amplios poderes discrecionales para resolver situaciones por medio de criterios como la equidad, lo que le acordó la capacidad de interpretación del derecho civil.

Así, en la medida en que las asambleas populares no cumplían con su función de promulgación de leyes se desarrolló el *iuspretorium* o *iushonorarium*, que complementando el *iuscivile* se convirtió en el fundamento del derecho romano.

El árbitro del derecho, que tendrá la misión de juzgar los asuntos privados o de mandar que se juzguen, sea el pretor. Sea este el guardián del derecho civil. Tenga este tantos colegas con el mismo poder cuantos decretase el senado u ordenare el pueblo.

Haya dos magistrados con poder regio; y que tales sean llamados pretores, jueces y cónsules, por sus funciones de presidir, juzgar y consultar. Que estos tengan la suprema autoridad sobre el ejército y no obedezcan a nadie. La seguridad del pueblo romano sea para ellos la ley suprema.¹⁷

Por su parte, el pretor peregrino fue creado en 242 a.C. para regular los conflictos de los extranjeros residentes en Roma entre sí o entre los extranjeros y los ciudadanos romanos. Las normas que integraban el edicto del pretor peregrino se reconocieron como *iusgentium*, entendidas como normas romanas privadas de tecnicismos y de formalismos. Se trataba de un derecho internacional “*caracterizado por el sentido común, la buena fe, la flexibilidad, la ausencia de formalismos y la tradición en otras comunidades*”¹⁸.

2. La jurisprudencia

Los prudentes contribuyeron al florecimiento del derecho romano clásico a través de la jurisprudencia, en parte por la laicización del derecho, lo que puso un freno al trabajo de los pontífices al ser los únicos que detentaban este privilegio, principalmente durante la época clásica¹⁹, y la conformación de las escuelas de derecho donde

17 Cicerón (3-8).

18 Fernández De Bujan & Antonio Fernández, *Derecho público romano*, Civitas, Madrid, 134 (2002).

19 Jean- Louis Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, 1ª ed., PUF, París, 40 (1992).

se formaban los prudentes, que aprendían el derecho y lo enseñaban. Así se fundó la escuela de los proculeyanos y de los sabinianos, eran escuelas de derecho que formaban discípulos y concedían consultas o conceptos que creaban derecho por provenir de hombres que gozaban de una cierta notoriedad²⁰. El papel de la jurisprudencia era determinante en la creación del derecho y de manera notoria en el derecho de obligaciones. Tanto la jurisprudencia como los edictos de los pretores perduraron en el derecho clásico de la República²¹.

Si bien la jurisprudencia tuvo inicialmente un carácter religioso, con el paso del tiempo se fue decantando y en esa medida se convirtió en la *interpretatio iuris* como una actividad encaminada a “desentrañar el contenido y el alcance de las normas”²². Esta actividad estaba inicialmente en cabeza de los patricios, que eran los únicos que accedían a los colegios de pontífices. Si bien los sacerdotes o pontífices no eran propiamente personas dedicadas a la vida contemplativa, eran miembros de una élite que por sus riquezas y su posición social tenía acceso a las fórmulas de las acciones judiciales así como la autoridad de adaptar “*las formas de los negocios a las necesidades sociales*”²³. La jurisprudencia proveniente de los pontífices era fuente del derecho, mas no aquella proveniente de los juristas laicos; más adelante la jurisprudencia se democratizó, y en esa medida los jurisconsultos que demostraran conocimientos podían ostentar dicha autoridad.

Las respuestas de los jurisconsultos son las impresiones y opiniones de aquellos a quienes les estaba permitido de responder sobre las cuestiones de derecho. Puesto que antiguamente, había personas que interpretaban el derecho públicamente las cuestiones de derecho; el emperador Cesar les había dado ese poder,

20 Ibidem.

21 “Como consecuencia de la ley de las XII tablas se introdujo casi al mismo tiempo acciones a través de las cuales cada quien defiende su derecho. Estas acciones fueron fijadas de manera solemne, para que no pudieran variar a merced de pueblo, y esta parte del derecho se llama acciones de la ley o acciones legítimas. De suerte que al mismo tiempo se vieron nacer tres partes del derecho la ley de las XII tablas que dio origen al derecho civil y a las acciones de la ley. Sin embargo, el derecho de interpretar estas leyes y de fijar las acciones pertenecía al colegio de pontífices que nombraba aquellos que debían rendir justicia a los particulares cada año y el pueblo guardó estos usos durante más de cien años”. Digeste, 1, 2, 6 *De la justice et du droit Corpus iuriscivilis*, traduction française d’Henry Hulot. Disponible en: <http://www.histoiredudroit.fr> (recuperado el 22 de enero de 2010). Traducción realizada por la autora.

22 Carlos Maynz, *Curso de derecho romano*, 2ª ed., Tomo I, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 91 (1892).

23 Ibidem.

*y se les llamaba jurisconsultos: se le daba tanta importancia a sus impresiones y opiniones que le fue ordenado a los jueces de nunca apartarse.*²⁴

Así, la época romana da lugar al *ius honorarium* y a la jurisprudencia como fuentes creadoras del derecho, y si bien la Revolución Francesa se sustentó en el derecho romano y el derecho canónico, el principio de separación de poderes como reacción al *ancien régime* obstaculizó toda fuente del derecho que no proviniera del órgano legislativo.

B. De la separación de poderes a la garantía de derechos

Montesquieu, en el *Espíritu de las leyes*, decía que los jueces eran la boca que pronunciaba las palabras de la ley²⁵, despojándolo de toda capacidad de definición del alcance de la misma. Sin embargo, existe una tesis contraria a este postulado que afirma que la expresión “la boca de la ley” hacía referencia al juez del sistema inglés, como intérprete del derecho y no aquel que aplicaba textualmente la ley.

1. La Constitución y la separación de poderes

Portalís, cuando presentó el proyecto de Código Civil, afirmó que el papel de la ley de acuerdo con la idea de Montesquieu era el de fijar unos preceptos generales del derecho y no de adentrarse en preceptos propios o específicos a cada materia²⁶. El magistrado y el jurisconsulto serían quienes conocerían el espíritu de las leyes y quienes orientarían su aplicación. En este sentido, el debate judicial se nutriría de doctrina y conocimientos y se erigiría en un “complemento” de la legislación. Por lo anterior, el poder de los jueces se ajustaría a los resultados y a su aceptación o aprobación por parte de la sociedad.

24 *Institutes de Justinien*, I, 2, 8, *Corpus iuris civilis*, traduction française d'Henry Hulot. Disponible en: <http://www.histoiredudroit.fr> (recuperado el 22 de enero de 2010). Traducción realizada por la autora

25 “*Les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur (...)*”. Montesquieu, 330-338 (1995).

26 Ver en este sentido, Canivet, 7-32 (2006).

Cabe resaltar cómo Portalis no le dio un papel preponderante a la ley en su teoría de fuentes del derecho, pues opta por la costumbre, “*les coutumes et usages*”, en defecto de la ley, y concibe al juez como aquel que ha de “*desarrollar una actividad independiente y creadora de derecho*”²⁷. Es así como apartándose del ideal revolucionario, fue el primero en concebir al juez como “*un ministre d’équité*”, como aquel que ya no era “esclavo de la ley” pero que podía suplir a esta. Estos preceptos fueron objeto de fuertes críticas, en particular del tribuno Maillia-Garat, quien invocando los ideales de Montesquieu los consideró abusivos y funestos, a lo que se unieron las protestas de los tribunales de Lyon, Paris y Rouen. Por lo anterior, estas propuestas quedaron abolidas en la redacción final del Código Civil y el predominio de la ley quedó reforzado tras la creación de la Cour de Cassation y del *référé législatif*²⁸.

De esta forma, la concepción francesa de separación de poderes del siglo XVIII fue concebida como un principio negativo²⁹, en el entendido que rechazaba la idea que una misma persona ejerciera el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial. Por lo anterior, de conformidad con la separación de poderes, se identifican dos modalidades de organización de los poderes: el primero, que corresponde a la modalidad clásica de separación de poderes o separación estricta de poderes que implica una especialización e independencia de las funciones. El segundo, que corresponde a una repartición de los diferentes poderes entre órganos mutuamente interdependientes, se denomina separación flexible de poderes o balance de poderes³⁰.

En realidad, el tenor de la separación de poderes consagrada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se le atribuye a Montesquieu, ya que dicha noción debía alcanzar la independencia de cada uno de los poderes y la especialización en la medida en que cada poder debía definir sus tres funciones. Es así como la doctrina tradicional sentó las bases de los regímenes liberales que se distinguían de los regímenes des-

27 Alf Ross, *Teoría de las fuentes del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 92 (2007).

28 En este sentido Ross, 93-94 (2007).

29 Michel Troper ha sostenido esta tesis en el entendido que la separación de poderes ha sufrido una verdadera evolución desde el siglo XVIII hasta nuestros días. Cfr Troper 223-236 (1994).

30 Guastini, 31 (2010). Traducción libre realizada por la autora.

póticos. La Constitución francesa de 1791 le dio realce al artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, bajo el entendido de que toda Constitución sin separación de poderes estrictamente no tendría tal carácter. Existen críticas a esta posición tradicionalista, en particular de Raymond Carré de Malberg³¹, quien refutaba esta consideración bajo el entendido de que la separación de poderes suponía igualdad en las funciones estatales donde se admitía no debía haber jerarquía alguna. Sin embargo, la esencia de la separación de poderes, tal y como se concebía en el siglo XVIII, sí admitía una jerarquía tanto en los órganos como en las funciones, y por lo tanto el poder legislativo, al ser la cabeza del sistema, involucraba una verdadera jerarquía que supeditaba al ejecutivo, quien ejecutaba las órdenes provenientes del legislativo³². Carré de Malberg convino que el juez podía ante las lagunas de la ley “crear y complementar el derecho” pero bajo el precepto, de que solo era aplicable al caso concreto y dejando en claro que la jurisprudencia no era fuente de derecho³³. En el siglo XIX este concepto evolucionó, fundamentalmente por un replanteamiento del poder ejecutivo, ya que podía ejercer un contrapeso al poder legislativo. En realidad, el papel de los ministros se asimiló al poder ejecutivo desde el punto de vista orgánico y también funcional, ya que se les otorgó el poder reglamentario. En esta medida, el poder ejecutivo no tenía ninguna relación de subordinación frente al poder legislativo y se logró considerar como un poder que cumplía funciones diferentes a la ejecución propiamente de las leyes. En esa medida, era un contrapeso al poder legislativo. Del mismo modo, en lo relacionado con el poder judicial, la ideología revolucionaria no consideraba el acto de juzgar propio de un poder, la actividad de juzgar era un acto mecánico donde se aplicaba una ley con base en un silogismo jurídico³⁴. Sin embargo, mediante el control de constitucionalidad en los Estados Unidos y el fallo Marbury contra Madison, se evidenció que el control de constitucionalidad sí podía contradecir disposiciones que emanaran del poder legislativo; en esa medida, si bien el control de constitucionalidad fue adoptado

31 Raymond Carre de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tomo II, Sirey, Paris, 109-142 (1992).

32 Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 223-236 (1994).

33 Alf Ross, *óp. cit.*, 101.

34 *Ibidem*.

mucho tiempo después en Francia, se infirió que la función judicial, y no la actividad judicial, estaba al mismo nivel que el poder legislativo y por ende ejercía un contrapeso³⁵.

2. La Constitución y la garantía de derechos

Finalmente, en el siglo XX se ha logrado armonizar la noción de separación de poderes en el entendido que de acuerdo con el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se hace referencia a que una “sociedad” no tiene Constitución si la separación de poderes no está determinada. La sociedad, afirma Troper, requiere de unos poderes definidos; para que haya un equilibrio social se requieren las leyes, los actos ejecutivos y que los litigios se solucionen en forma pacífica. Por lo tanto, todos los órganos que aseguran el ejercicio de estas funciones deben ser considerados como órganos de la sociedad³⁶.

De esta forma, se aleja el fantasma de “Constitución = separación de poderes”, y se reinterpretan los postulados del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde la noción de Constitución obedece a un precepto: el de garantía de derechos. La libertad política de los ciudadanos no obedece a una reflexión sobre la organización de los poderes públicos, sino a la elaboración de una carta de libertades en la que el ciudadano puede imponer el respeto a los gobernantes, refuerza la democracia, se centra en los gobernados y da menor relevancia a los gobernantes³⁷. Se evidencia entonces un proceso que va de “Constitución = separación de poderes” a “Constitución = garantía de derechos”, el cual inevitablemente pasa por una actividad jurisprudencial liderada por la justicia constitucional.

El Consejo Constitucional, tal y como lo evidencia Dominique Rousseau “*es el instrumento de promoción constitucional de las libertades y de su protección*”; toda la jurisprudencia desarrollada por él corresponde a una garantía política superior a aquella que ofrece el texto de la Constitución. Rousseau habla de una “*nueva geografía constitucional*” que no se limita a establecer diferencias

35 Ibidem.

36 Troper, *óp. cit.*, 234.

37 Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 4ª ed., Montchrestien, Paris, 398-399 (1995).

entre gobernados y gobernantes, sino que garantiza que tanto uno como otro cuenten con instituciones propias. En ese orden de ideas, los gobernantes cuentan con el poder ejecutivo y el poder parlamentario, y los ciudadanos cuentan con el Consejo Constitucional. De esta forma, el legislativo y el ejecutivo estarían del lado de la sociedad política, y el Consejo Constitucional del lado de la sociedad civil³⁸.

II. EL IDEAL DEMOCRÁTICO Y EL ALCANCE DEL ACTIVISMO JUDICIAL

El objetivo de la justicia constitucional es el de perfeccionar la democracia y alcanzar todos los ideales plasmados en la Constitución; en ese sentido, la intervención judicial es pro-democrática³⁹. El modelo “democraticista”⁴⁰ se justifica por una práctica constitucional basada en la justicia, ya que las cláusulas constitucionales garantizan la libertad y sirven a la justicia política, pues el modelo “democraticista” reconoce un ámbito de interpretación de los jueces que cuenta con ciertos límites establecidos en la Constitución. En efecto, la justicia constitucional se enfrenta a situaciones variadas que requieren fallos equitativos, que deben ser duraderos y que no agotan el contenido de la Constitución⁴¹, “*constituye una parte importante de la justicia política en general y de la justicia constitucional en particular*”⁴².

A. La justicia constitucional

El compromiso con la democracia se aplica a las decisiones políticas basadas en preferencias donde las decisiones más adecuadas se determinan por las preferencias de la comunidad política.

38 Rousseau, óp. cit., 402.

39 Lawrence Sager, *Juez y democracia*, Marcial Pons, Barcelona, 144 (2007).

40 Un modelo donde se alcanza el perfeccionamiento de la democracia, implica la intervención judicial lo cual implica mejorar las condiciones de la democracia. Ver Sager, *ibidem*.

41 *Ibidem*, 149.

42 *Ibidem*, 150.

1. La legitimidad del juez constitucional

Dado que las decisiones están basadas en juicios normativos en el sentido de que las mejores decisiones no se cuentan con un peso de “juicio popular” sino de juicios normativos, el modelo americano de democracia se concibe como un modelo indisociable de la justicia constitucional, “*Una constitución puede mejorar el juicio político sobre aspectos esenciales de la justicia sólo si se ciñe a pretensiones de justicia que sean básicas y perdurables, de manera que, en general, puedan operar razonablemente como pretensiones predominantes e innegociables*”⁴³.

Del mismo modo, este modelo se justifica igualmente a través de la función de interpretación constitucional por parte del juez constitucional consiste en definir los parámetros normativos para ejercer el control de constitucionalidad que es garantía y límite de otros poderes⁴⁴.

En esta medida, la noción de separación de poderes se ha venido reinterpretando en el entendido de que hay una participación de todos los poderes en la elaboración de las normas, y por ello ya la ley no sería única y exclusivamente la manifestación de la voluntad soberana cuando el ejecutivo interviene mediante su función gubernamental y el parlamento en la deliberación, ya que todos los que participan en la elaboración de la ley han sido elegidos por la vía del sufragio universal. Queda por definir al juez constitucional, quien si bien no es elegido por la vía popular, legitima la ley mediante el estudio de conformidad a la Constitución, y con ello contribuye a la democracia⁴⁵.

Rousseau invoca una “*nueva noción de la democracia*”⁴⁶, y no desconoce que el juez sí tiene un poder político, porque crea derecho. En efecto, mediante un acto de voluntad el juez define el contenido y el sentido de la Constitución, y ese trabajo de interpretación sí

43 Ibidem, 151.

44 Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez editores, España, 187-188 (2011).

45 Troper, óp. cit., 236.

46 Resulta relevante el amplio desarrollo que ha tenido el debate sobre la legitimidad del juez constitucional: En efecto, tanto positivistas como iusnaturalistas legitiman al juez mediante la premisa de que la aplicación de la Constitución corresponde a una operación matemática o al silogismo jurídico, que en nada requiere de la interpretación o de la apreciación del juez. El juez no produce derecho, y ello legitima la justicia constitucional y lo sustrae de toda actividad política Cfr. Rousseau, óp. cit., 413-414.

es un acto de creación del derecho⁴⁷. En realidad la democracia actual responde a una reinterpretación de la separación de poderes y a la inclusión del juez en el escenario jurídico. El juez constitucional creador permanente de derechos, avala la ley de acuerdo a la Constitución, con lo cual, reinterpreta, actualiza, refresca la Constitución en concordancia con los derechos humanos. Cabe resaltar que la democracia no es únicamente el respeto de los derechos fundamentales; la democracia se consolida únicamente si los fallos de los tribunales constitucionales aportan un beneficio democrático⁴⁸, en el entendido de que favorezcan y amparen a la sociedad; esa medida se legitima el juez constitucional. El objetivo democrático se materializa tanto en la ley que encarna la voluntad del pueblo como en el ideal de satisfacer el interés público, por lo cual la interpretación de la ley encaminada hacia la satisfacción del interés público responde al objetivo democrático; esto obedece a un ideal teleológico, como aquel que consagran las Constituciones cuyo objetivo siempre es la libertad individual de los ciudadanos. La ficción de un “parlamento razonable” y objetivo es el mejor aliado del juez constitucional, quien en ese entendido trata de ajustar sus decisiones a lo que el “parlamentario razonable” quiso materializar a través de las leyes⁴⁹. Asimismo, Breyer sostiene que los padres fundadores adoptaron una Constitución compleja, que tradujo de la mejor manera la voluntad del pueblo. El mecanismo de la deliberación pública es aquel que materializa, y los tribunales hacen parte de dicho mecanismo⁵⁰.

En efecto, la legitimidad de los jueces⁵¹ ha suscitado varios debates; por ejemplo, respecto a la resistencia belga en la Primera Guerra Mundial, el juez Raymond de Ryckère realizó serias reflexiones sobre la legitimidad de los jueces, y manifestó que todos los poderes provienen de la nación, y por ende el poder de los magistrados no es una excepción. Afirmó que si bien no son elegidos por voto popular, cuentan con dicho poder de la nación y lo ejercen de con-

47 Rousseau, óo. cit., 413.

48 Comella 139-142 (2011).

49 Resulta relevante cómo en el sistema americano se complementan tanto legislador como juez sin suscitar una rivalidad o una intromisión de uno o de otro. Se parte del principio que el ideal democrático está presente en cada uno de los poderes públicos y en esa medida cada uno se compromete a respetarlo. Ver Breyer, 121-139 (2007).

50 Breyer, *ibidem*, 139.

51 Canivet, 10 (2006). Traducción hecha por la autora.

formidad a la Constitución y las leyes⁵². Del mismo modo, la legitimidad se predica del respeto y la confianza que ellos generan, su independencia, su valor, la firmeza y la dignidad en sus decisiones⁵³. La legitimidad de los jueces se centra igualmente en el método de selección y de acceso a la función judicial⁵⁴. El nombramiento de los jueces de la alta Corte, en el Reino Unido⁵⁵ (*Supreme Court of the United Kingdom*) lo realiza la Reina de manera vitalicia, bajo propuesta del Canciller a través de la lista de los *barristers*, que corresponden a los abogados que han cumplido de manera ejemplar su función y desde 1994 la selección se hace igualmente entre los *solicitors* que tengan más de diez años de antigüedad. Sin embargo, el nombramiento de los jueces con la *Constitutional Reform Act* de 2007, creó una comisión de nombramiento de los jueces que interviene en su nombramiento⁵⁶. En Alemania los miembros de la Corte Constitucional federal son elegidos por una mayoría de votos en la Comisión electoral del *Bundestag* y del *Bundesrat*⁵⁷. En Estados Unidos, el Presidente nombra los jueces de la Corte Suprema y el Senado y con la mayoría de votos ratifica los nombramientos que son vitalicios mientras demuestren un buen comportamiento. La garantía de transparencia inevitablemente legitima la función judicial al igual que el juez⁵⁸, ya que el nombramiento no queda en manos del ejecutivo o de un grupo de parlamentarios.

52 *Ibidem*, 11.

53 *Ibidem*.

54 Artículo 239 de la Constitución. “[...] *Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para periodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado* [...]”.

55 Ver en este sentido Fromont, 96-102 (2009).

56 En este sentido, Legeais, 52-60 (2008).

57 La designación de los dieciséis jueces le corresponde a las dos cámaras del Parlamento Federal, la mitad al *Bundestag* que se elige por sufragio universal, y la otra mitad al *Bundesrat* que se compone por los representantes de los *Länder*; se requiere la mayoría de dos tercios lo que hace que sean los dos grandes partidos, quienes comparten el poder de designar en perjuicio de los partidos con poca representación. Mirar en este sentido Fromont, *op. cit.*, 18-31.

58 Consagrada en el artículo III, sección 1 de la Constitución de los Estados Unidos. En realidad la Constitución no exige ninguna calificación excepcional para ejercer la función de juez de la Corte Suprema; sin embargo, por lo general el Presidente escoge un candidato del partido que lo eligió. Ello no ha sido garantía de que el juez, en sus decisiones, siga esa filiación política; casos de los jueces Brennan o Warren, que fueron elegidos por el presidente Eisenhower y mantuvieron posiciones liberales, desvirtúan esa premisa. Ver en este sentido Zoller (1998): 34-53.

2. La jurisprudencia creadora del derecho

En realidad, la Constitución de 1787 en los Estados Unidos adoptó inicialmente el concepto de *supremacía de la Constitución*⁵⁹ en la medida en que la Corte Suprema tiene la capacidad de controlar la constitucionalidad de las leyes de los estados desde la perspectiva del federalismo. También desde el punto de vista de la separación de poderes, la *judicial review* es el mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes provenientes del Congreso, es decir, un control sobre el legislativo que da a los jueces y al poder judicial un papel determinante. En efecto, la Corte Suprema y el control judicial de las leyes hicieron que el sistema de frenos y contrapesos fuera la verdadera razón del deber judicial. La *judicial duty* como control de la constitucionalidad de las leyes es uno de los grandes aportes del derecho constitucional contemporáneo, y el rol político de los jueces responde a un mecanismo propio del sistema federal para controlar todo tipo de intervenciones por parte de los poderes descentralizados⁶⁰.

Con el realismo americano, se le da a la jurisprudencia la categoría de fuente creadora del derecho, por ejemplo en el realismo jurídico encabezado por el juez Oliver W. Holmes, juez de la Corte Suprema entre 1902 y 1932, quien manifestó en su libro *The common law*, que el derecho no se nutre únicamente de la reglas de la lógica sino también de la experiencia⁶¹. Las necesidades del momento, las teorías políticas y morales, la política jurisprudencial a seguir, las valoraciones de los jueces, han tenido siempre un papel determinante en la definición de las reglas que orientan a los hombres, más que los silogismos. Por lo tanto, siendo juez de la Corte en el caso *Southern Pacific Co. v. Jensen*, el juez Holmes afirmó abiertamente el poder creador del derecho por parte de los jueces y la categoría de voz del soberano o del casi soberano⁶².

59 “Artículo VI, parágrafo 2: “Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que se sancionen conforme a ella, y todos los tratados firmados o por firmar bajo la autoridad de los Estados Unidos, conformarán la Ley suprema de la Nación y los jueces de cada Estado estarán subordinados a ella, independientemente de cualquier disposición contraria de las leyes de cualquier Estado”. Cfr. Brewer-Carías (2008): 86.

60 Ver en este sentido Brewer-Carías, óp. cit., 109-113.

61 Ver en este sentido Zoller, 277-287 (2006).

62 “I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially; they are confined from molar to molecular motions. A common-law judge could not say, ‘I think the doctrine of consideration a bit of historical nonsense and shall not enforce it in

La tesis del realismo jurídico tuvo un gran apogeo en los años treinta, denunciando la hipocresía del juez americano supuestamente apolítico y neutro.

En pocas palabras, el juez creador de derecho es el juez constitucional entendido como aquel cuyas decisiones no pueden ser modificadas ni revertidas por el legislador. El juez es constitucional no por los textos que interpreta sino por el alcance de las decisiones que emite, ya que todo lo constitucional está relacionado con la sociedad⁶³. Por lo tanto, las decisiones del juez constitucional o del juez interamericano se refieren a una intervención en materia constitucional que sí implica creación del derecho, y ello se traduce en el precedente. Así se consolidó con el paso del tiempo la Corte Warren 1953-1969, emblemática en este aspecto, cuando los jueces Brennan y Marshall defendieron la concepción de una Constitución viva capaz de evolucionar en virtud de un contexto económico o social. El ideal democrático es mejorar las condiciones de la democracia⁶⁴; con ello la Corte Warren marcó un precedente con el *bill of rights* como un instrumento de respeto por parte de las autoridades públicas para un trato igualitario y digno a todos los ciudadanos como ciudadanos de raza negra, manifestantes, sindicatos, editores de periódicos. En pocas palabras, la Corte Warren declaró inmoral la discriminación racial⁶⁵.

En España se ha generado también el debate frente al papel de juez y el carácter vinculante del precedente⁶⁶.

*my court.' No more could a judge, exercising the limited jurisdiction of admiralty, say, 'I think well of the common-law rules of master and servant, and propose to introduce them here en bloc.' Certainly he could not in that way enlarge the exclusive jurisdiction of the district courts and cut down the power of the states. If admiralty adopts common-law rules without an act of Congress, it cannot extend the maritime law as understood by the Constitution. It must take the rights of the parties from a different authority, just as it does when it enforces a lien created by a state. The only authority available is the common law or statutes of a state [...] The common law is not a brooding omnipresence in the sky, but the articulate voice of some sovereign or quasi sovereign that can be identified; although some decisions with which I have disagreed seem to me to have forgotten the fact". Mr. Justice Holmes, dissenting, *Southern Pacific Company, Plff. in Err., v. Marie Jensen*, 244 U.S. 205, Decided May 21, 1917. (37 S.Ct. 524, 61 L.Ed. 1086). Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/244/205#writing-type-16-Holmes> (recuperado el 14 de febrero de 2013).*

63 Ver en este sentido Zoller, *óp.cit.*, 282.

64 Tal y como lo señala Sager, 145 (2007).

65 Peter Irons, *Supreme Court*, Penguin Books, USA, 409-420 (2006).

66 Teresa García-Berrio Hernández, *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación Foro, Nueva época*, No. 4, 127-152 (2006).

B. La discrecionalidad

El poder jurisprudencial se ejerce de manera diferente dependiendo del tipo de contencioso; si se trata de prejuzgamiento, de recursos individuales y concretos o de recursos generales y abstractos, o mediante la casación o la revisión de sentencias.

En particular, resulta relevante abordar el tema desde la perspectiva constitucional, un contencioso general y abstracto en la mayoría de los casos.

En el caso del contencioso individual, cuando se trata de invocación de derechos fundamentales, el poder del juez es mucho más amplio ya que lo que se pretende es reconocer la violación al derecho fundamental y establecer las condiciones dentro de las cuales dicha situación no se debe volver a presentar⁶⁷.

Cuando se trata de un contencioso general y abstracto en el marco de acciones de inconstitucionalidad, por ejemplo, el juez debe realizar un ejercicio de interpretación, a fin de definir el alcance de la norma o de las normas e identificar en qué sentido resulta inconstitucional la disposición. En el contexto francés, por ejemplo, se habla de reservas de interpretación como aquellas que realiza el Consejo Constitucional y que puntualizan el sentido de la norma, competencia que no tiene la jurisdicción ordinaria⁶⁸.

En el esquema positivista, las lagunas jurídicas conducen a la discreción judicial, en la medida en que solamente hay discrecionalidad del juez cuando el caso carece de solución⁶⁹ y se genera una laguna jurídica. La discrecionalidad se endosa en el precedente que de una u otra manera es vinculante y genera a través de la cosa juzgada y la seguridad jurídica⁷⁰.

67 En este sentido la referencia a la Corte Europea de Derechos Humanos es un parámetro en materia de discrecionalidad del juez, cfr. Canivet, 22 (2006).

68 Cfr. Canivet, *óp. cit.*, 21.

69 Bulygin, *En defensa de El Dorado, respuesta a Fernando Atria*, en *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 84-85 (2005).

70 Luiz Guilherme Marinoni, *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*, 18 *Revista Ius et Praxis*, No. 1, 249-266 (2012).

1. El control de constitucionalidad

En realidad la discrecionalidad de los jueces depende de los límites que establezca el derecho: cuando se trata de absoluta discreción de los jueces, no existen límites que justifiquen sus decisiones, ya que en realidad no tienen una obligación precisa de aplicar una disposición. Sus decisiones se basan en la discrecionalidad, o en sus convicciones sobre la mejor solución para un caso, en cuanto a casos no regulados por el derecho, tienen los jueces la capacidad de modificar el derecho⁷¹.

Por lo tanto, el activismo judicial se justifica dependiendo de la fuente del derecho que se pretende aplicar, interpretar y desarrollar, y el poder creador del juez depende de si está frente a una ley, Constitución o tratado⁷². Frente a la ley, los jueces tratan de mitigar el alcance de leyes de un alto grado de política. Frente a la Constitución, el poder de los jueces en la creación del derecho es mucho más amplio, en la medida en que las disposiciones constitucionales son menos precisas que las leyes, lo que requiere de una mayor definición por su parte.

La esencia del control de constitucionalidad radica finalmente en la protección de las minorías frente a las mayorías representadas en el parlamento. En este sentido, el control de constitucionalidad, lejos de ser un mecanismo conservador que se opone al activismo legislativo, es un mecanismo que se opone al conservatismo legislativo, cuando el legislador no quiere derogar leyes por tradición o por clientelismo. Del mismo modo, el control de constitucionalidad se justifica por la uniformidad del derecho y de la Constitución, sobre todo en los países que cuentan con un sistema federal. Una corte constitucional puede ejercer un poder considerable en la medida en que sus miembros logren armonizar sus creencias y lleguen a la convicción que son la única instancia para definir el tenor de la Constitución⁷³.

En cuanto a los tratados, el poder de los jueces en la creación del derecho se mira desde dos perspectivas: si se trata de una Corte internacional, el juez debe definir si hay o no violación del

71 Pablo E. Navarro, *Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial*, en *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 87-101 (2005)

72 Guy Canivet, *Activisme judiciaire et prudence interprétative*, óp. cit., 25.

73 Canivet, óp. cit. 26-27.

instrumento internacional suscrito por el Estado, y en ese caso no tiene injerencia en la creación interna del derecho. Si se trata, por el contrario, de un juez nacional que debe realizar un control de convencionalidad, debe apartar la disposición interna del ordenamiento jurídico, por violar una convención internacional suscrita por el Estado. Tanto en el ámbito interno e internacional vemos el poder creador del juez.

2. Las lagunas del derecho

Donde más se justifica el poder creador de los jueces es frente a las lagunas del derecho, bien sea porque hay un vacío dejado por el legislador, o bien porque la jurisprudencia, a través de interpretaciones, saca del ordenamiento jurídico disposiciones contrarias a la Constitución. También, en los casos de conflictos de normas o de aplicación de tratados internacionales que van en contravía de disposiciones internas. En estos tres casos se requiere de este poder creador del juez⁷⁴ y de una u otra manera, se justifica el activismo judicial como tal.

En definitiva, el juez crea derecho. Dentro del panorama jurídico actual es irrelevante diferenciar si crea o aplica el derecho, resulta un ejercicio inútil en la medida en que el juez goza de una amplia libertad que lo que le permite es definir como procede y como resuelve un caso concreto⁷⁵.

La sentencia judicial no es únicamente declarativa; el tribunal, al identificar la norma aplicable al caso concreto, aplica y crea derecho en el entendido en que median valoraciones subjetivas que no solo se reducen a la aplicación tajante del derecho, sino también a la creación.

El alcance del activismo judicial depende del texto que se interpreta, el cual se aplica, se interpreta, se desarrolla⁷⁶, por el poder de creación de los jueces. Así, la tesis tradicional según la cual la función del poder legislativo es crear normas generales y el poder judicial el que las aplica, resulta insostenible; los jueces están en la

74 En este sentido Canivet, *óp. cit.*, 28-29.

75 Cfr Mantilla, 537-597 (2009).

76 Canivet, *óp. cit.*, 24.

capacidad de crear normas cuando hay lagunas jurídicas, bajo la denominación de precedente.

En Colombia el precedente constitucional se consolida con el activismo permanente de la Corte Constitucional que llena los vacíos ante imprecisiones del legislador o del constituyente. Corresponde a una técnica que permite que el sistema jurídico mantenga una cierta coherencia, con lo cual la cadena de precedentes permite que la Constitución guarde conexión, frente a las interpretaciones de la Corte Constitucional, y por ende la jurisprudencia se erige en fuente formal del derecho.

III. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA⁷⁷

Si bien el artículo 230⁷⁸ de la Constitución Política colombiana dispone que los jueces solo estén sometidos al imperio de la ley, la Corte Constitucional ha considerado que ley se entiende en sentido amplio y se refiere a todo el ordenamiento jurídico⁷⁹. Con ello, la ley no se entiende en un sentido formal o taxativo sino en un sentido amplio que implica un conjunto integrado de normas en el que se incluye la jurisprudencia, extendiendo su espectro al denominado bloque de legalidad⁸⁰.

A. El carácter vinculante del precedente

Es reiterada la posición de la jurisprudencia constitucional cuando afirma el carácter vinculante de sus decisiones, tanto de los fallos de constitucionalidad como de los fallos de tutela. En efecto, los jueces pueden tener interpretaciones diferentes del contenido de una norma y en esa medida generar consecuencias diferentes. Por lo tanto, la Corte justifica: “*bajo el supuesto de que la independencia*

77 El hito jurisprudencial que consolida el precedente jurisprudencial es la Sentencia C-586 de 1995, en la que se declaró por primera vez la inconstitucionalidad de una ley por ser violatoria del precedente. En esta ocasión la Corte Constitucional sentó los postulados del precedente como aquel que se refiere a la Constitución misma y en esa medida tiene fuerza de ley. Así, se declara la inconstitucionalidad de una ley como violatoria del precedente.

78 “Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

79 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C- 836 de 2001 y T-486 de 1998.

80 En este sentido Santofimio, 175 (2003).

interpretativa es un principio relevante pero que se encuentra vinculado por el respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales que fijan criterios para la interpretación del derecho”⁸¹.

1. Desconocer el precedente es causal para invocar la acción de tutela

La figura del precedente ha sido definida por la Corte como “[...] *aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia*”. Igualmente, ha precisado que la pertinencia de un precedente se predica de una sentencia previa, cuando:

*(i) La ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente.*⁸²

El precedente debe ser anterior a la decisión, donde se pretende su aplicación y deben existir similitudes en los problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho; de lo contrario no se puede realmente hablar de precedente⁸³.

A fin de garantizar un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, los jueces se encuentran vinculados en sus decisiones por la norma jurisprudencial que para el caso concreto ha dictado el órgano unificador competente. En la jurisdicción ordinaria, cuando el caso es susceptible de casación, este órgano es la Corte Suprema de Justicia; en los asuntos que no son susceptibles de dicho recurso extraordinario corresponde a los tribunales superiores de distrito.

81 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-762 de 2011.

82 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-292 de 2006.

83 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-441 de 2010.

Reitera la Corte que en materia constitucional, esta corporación constituye el órgano de cierre y de unificación jurisprudencial. Las decisiones tomadas por la Corte pueden ser desconocidas cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) se aplican disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) se contraría la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad; y (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela⁸⁴.

Además, afirma que en aras de garantizar los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, la jurisprudencia ha reconocido que el desconocimiento del precedente es una causal especial de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Efectivamente, en los eventos en los que los órganos de cierre asuman posturas hermenéuticas que implican un serio compromiso de derechos fundamentales de los ciudadanos, el juez constitucional debe analizar, a la luz de la Carta Política, si las interpretaciones atacadas vulneran derechos fundamentales de las partes en el proceso de tutela⁸⁵.

De esta forma, la jurisprudencia representa una fuente formal del derecho cuyos fundamentos se basan en la capacidad de la Corte Constitucional de definir los efectos de sus fallos y el carácter vinculante de la misma.

2. Las sentencias de tutela crean un sistema coherente de interpretación de derechos fundamentales

Dentro de la técnica del precedente se ha venido decantando el carácter vinculante del mismo, en la medida en que no toda la sentencia, o la sentencia en su integralidad, resulta vinculante. La Corte Constitucional⁸⁶ afirma que en la parte motiva únicamente la *ratio decidendi*⁸⁷ crea precedente, y por ende, resulta vinculante solo esta parte de la sentencia. Con ello se respeta únicamente la cosa

84 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-1092 de 2007 y T-441 de 2010.

85 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-762 de 2011.

86 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C -131 de 1993 y T-123 de 1995.

87 Amplia jurisprudencia al respecto: Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993, Sentencia C-569 de 2001, Sentencia SU 1300 de 2001.

juzgada y el *non bis in ídem*, sin los cuales la seguridad jurídica⁸⁸ carecería de sustento y estaría a la merced de los cambios repentinos de la jurisprudencia. Así, resulta siendo una jurisprudencia constitucional integradora o interpretativa⁸⁹ que llena o suple los vacíos normativos en aras de garantizar la seguridad jurídica. En efecto, la *ratio decidendi*⁹⁰ es el fundamento jurídico de la decisión judicial, y corresponde a la interpretación “formal” de la disposición constitucional, con lo cual no solo responde al fundamento de derecho sino también a su interpretación idónea o ajustada al tenor de la Constitución, caso en el cual la Corte ha llegado a equipararla a una norma jurídica⁹¹. De esta manera, el juez posterior se deja sujetar al precedente judicial solamente en los casos en que la norma fue el sustento de la decisión, o fue el referente constitucional que sirvió de base a la decisión y por ende la esencia de la decisión⁹². La Corte ha dicho que es como una modalidad de doctrina constitucional a la cual se puede exigir la sujeción es una modalidad de derecho legislado que sirve de herramienta interpretativa cuando el caso no está previsto en la ley⁹³. Así, las interpretaciones de la Corte funcionan como la interpretación auténtica o valedera para todo tribunal o juez, por seguridad jurídica, por coherencia del sistema jurídico, por estabilidad en todas las actuaciones de los particulares, por igualdad, por una unidad en el ordenamiento jurídico a fin de garantizar una administración de justicia más coherente y efectiva⁹⁴. Lo anterior no excluye la fuerza vinculante de las sentencias de tutela, que por la vía de la revisión da origen a los precedentes

88 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083 de 1995.

89 Bernal, 164 (2005). Ver También Guastini, 49-73 (2009).

90 También la denomina “*ratio iuris*”.

91 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1317 de 2001; la *ratio decidendi* se equipara a una norma jurídica en los siguientes términos: “[...] *el precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la ratio decidendi, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. (...) De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. Lo anterior se apoya en el principio de igualdad [...]*”.

92 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-039 de 2003. También en este sentido la T-468 de 2003, que hace referencia al precedente horizontal como la sujeción del juez a sus propias decisiones y el precedente vertical como la sujeción de los jueces inferiores respecto de lo decidido por los superiores. También Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-158 de 2006 y T-117 de 2007.

93 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 047 de 1999.

94 Bernal, óp. cit., 155-180.

judiciales. En efecto, el alcance de los derechos fundamentales⁹⁵ era inicialmente solo inter-partes, y por ende el precedente era solo respecto de las sentencias de constitucionalidad. A partir de la Sentencia T-260 de 1995 se establece un precedente en materia de interpretación de derechos fundamentales, en el que las sentencias de tutela crean un sistema coherente de interpretación de derechos fundamentales. Esto se confirma en la Sentencia C-252 de 2001, en la cual la Corte Constitucional afirma que los fundamentos jurídicos de las sentencias de tutela trascienden el asunto revisado y la interpretación que fija la Corte determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Constitución y hace parte del imperio de la ley al que deben estar sometidos los jueces en virtud del artículo 230 de la Constitución Política. Por lo anterior, el precedente amplía su espectro en aras de proteger el derecho a la igualdad; con ello opera fundamentalmente respecto de las sentencias de tutela, y la interpretación de los derechos fundamentales se convierte a través de las sentencias de revisión en el instrumento más idóneo para unificar de la jurisprudencia⁹⁶.

A fin de crear un equilibrio en la jurisprudencia para que se genere precedente, el papel del juez es determinante en el diseño de criterios y de estrategias. En efecto, la acción de tutela no es solo un instrumento del juez constitucional en la consolidación de los derechos fundamentales, sino que permite delimitar y definir su papel de intérprete y de guardián de la Constitución frente al legislador, afirma un sector de la doctrina⁹⁷. El juez utiliza fuentes de interpretación de la Constitución, como son los principios

95 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-260 de 1995.

96 Así lo confirma la Corte en la Sentencia SU-047 de 1999: “*El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional [...] por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, [...] para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, [...] en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad. [...] Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas*”.

97 Cfr. Bernal, óp. cit., 149-155.

constitucionales y las técnicas de ponderación como herramientas indispensables en el tratamiento de los derechos fundamentales, ello permite que

[...] a partir de la resolución casuística de casos y el corpus jurisprudencial a que dé lugar, puedan ir formándose grupos de casos que tejan una tupida red, cada vez más precisa, que conlleve una relativamente importante dosis de seguridad jurídica, sin perjuicio de las particularidades que todo caso singular siempre presenta y que en ocasiones pueden ser relevantes como para alejarse, en mayor o menor medida, de la regla general.⁹⁸

Por su parte, si bien los principios han sido reconocidos por la Corte Constitucional como normas, no lo son en la medida en que no cuentan con un supuesto de hecho y una sanción. En ese sentido, los derechos fundamentales han sido llamados por la jurisprudencia y la doctrina mandatos de optimización, puesto que ordenan que su objeto sea realizado en la mayor brevedad posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas.

Así, la ponderación es un criterio metodológico determinante para el juez en la aplicación de los derechos fundamentales, pues si bien implica una aplicación racional de los derechos fundamentales, persiste el margen de apreciación del juez; es decir, no puede estar desprovista de un grado de subjetividad.

En esa medida, el activismo judicial, a través de la acción de tutela, ha generado grandes logros a nivel de reconocimiento de derechos fundamentales y de primacía de mecanismos jurídicos ágiles y eficaces, pero más que nada refleja las carencias de un sistema jurídico que no responde a las necesidades de la sociedad⁹⁹.

Con ello, el canon neo-constitucional se justifica igualmente con una Constitución que no se agota con las interpretaciones que se hagan a un momento dado y que de una u otra forma expresan la moral o la esencia de las sociedades en ese preciso instante¹⁰⁰, y que da una gran incidencia al lenguaje de los derechos humanos, como aquel que irradia todo el ordenamiento jurídico.

98 Joaquín Brage Camanzo, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson Constitucional, Madrid, 424 (2004).

99 Esto responde entre otras, a razones de orden político, donde tanto actores políticos y el gobierno prefieren despolitizar temas sensibles y no pagar los costos de decisiones con grandes implicaciones sociales. Ver: Uprimmy Yepes, 81-99 (2008).

100 J. García, 313-365 (2010).

B. El neo-constitucionalismo

En realidad el precedente Constitucional reafirma la posición de la Corte frente al carácter vinculante de la jurisprudencia y su carácter de fuente formal del derecho como condición indispensable para que la jurisprudencia constituya una realidad que se armoniza con principios como la igualdad, la cosa juzgada, la autonomía judicial, la buena fe y confianza legítima y la coherencia al interior del ordenamiento jurídico¹⁰¹. De esta forma, el precedente conlleva a la constitucionalización del derecho, en la medida en que la presencia del juez en este proceso es ineludible. El precedente constitucional materializa el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y confirma ese papel del juez constitucional como el único intérprete de la Constitución.

El precedente resulta tan vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano que la acción de tutela procede por desconocimiento del mismo y por violación al principio de igualdad¹⁰². Veamos algunos ejemplos en los que se confirma el poder creador del derecho en el constitucionalismo colombiano.

101 “i) El principio de igualdad que es vinculante a todas las autoridades e, incluso, a algunos particulares, exige que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y, por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; ii) el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; iii) La autonomía judicial no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; iv) Los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y iv) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior. De hecho, como lo advirtió la Corte, ‘el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos’”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-766 de 2008.

102 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-482 de 2011. En esta sentencia la Corte señaló, cuando procede la acción de tutela por el desconocimiento del precedente: “(i) determinar la existencia de un precedente [...] (ii) comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes; (iii) verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse [...]”.

1. El alcance del poder creador del derecho en Colombia

Frente a la posibilidad de personas del mismo sexo de contraer matrimonio¹⁰³, la Corte ha manifestado en jurisprudencia reciente que el legislador debe definir los términos de la ley que regule el matrimonio en el término de dos legislaturas para puntualizar el tema, es decir la Corte le dio un término hasta el 20 de junio del año 2013 para definir los lineamientos del matrimonio homosexual en Colombia. De lo contrario, en la misma sentencia la Corte autorizó a dichas parejas a formalizar y solemnizar el contrato ante un notario que los faculte a *“constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión”*¹⁰⁴. De igual forma, declaró exequible la expresión *“un hombre y una mujer”* contenida en el artículo 113 del Código Civil, que dice: *“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente”*; no obstante, la Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre la expresión *“de procrear”*, contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas.

Frente a la segunda reelección del presidente Uribe y su tercer período, la Corte concluyó en la sentencia de revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, que en caso de que fuera reelecto el Presidente que para la época ya llevaba dos periodos de cuatro años, se quebrantaría el principio de separación de poderes, puesto que este se concentraría en el ejecutivo, degenerando en el presidencialismo, sesgando el pluralismo y desvirtuando el modelo republicano¹⁰⁵.

103 *“(…) Puesto que del análisis efectuado se ha deducido que las parejas del mismo sexo deben contar con la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho, que la regulación de esta figura corresponde al legislador (...)*”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011.

104 *“En cualquier caso, lo que a la luz de la interpretación constitucional está fuera de toda duda es la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo (...)*”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011.

105 *“De conformidad con lo visto, la separación de poderes y el régimen presidencial definen el sistema de gobierno instituido en 1991; la democracia participativa y pluralista, fundada en el pueblo integrado por la mayoría y por las minorías, es el régimen político instaurado en la Carta vigente y el modelo republicano es la forma de gobierno decidida en 1991. Siendo así, la concentración de poder en el ejecutivo, el presidencialismo surgido de lo anterior, la prolongación del predominio de la mayoría que rodea al Presidente por un lapso superior al máximo permitido y la desfigu-*

Agregó igualmente que la posibilidad de acceder a un tercer período tenía destinatarios específicos, lo cual, “*fuera de generar un presidencialismo desmedido y una negación del pluralismo, contradecía radicalmente el carácter general y abstracto de las leyes*”¹⁰⁶. En esa medida, concluyó que “*una segunda reelección presidencial sustituye ejes estructurales de la Constitución Política*”, por lo cual la Ley 1354 de 2009 fue declarada inconstitucional.

Frente al tema del aborto, la Corte ya se había pronunciado en sentencia del año 2006 fijando los parámetros dentro de los cuales la práctica del aborto es lícita en Colombia. En sentencia del año 2011, fijó de acuerdo con los mismos parámetros una serie de compromisos que deben desarrollar las entidades del Estado para que el aborto sea practicado cuando se requiera. En ese orden de ideas, ordena a todas las entidades involucradas en materia de salud que cuenten con las personas profesionales de la medicina, así como el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos preestablecidos en la Sentencia C-355 de 2006¹⁰⁷. Enfatiza en el carácter urgente de las campañas con el objetivo de poder constatar su nivel de impacto y eficacia.

Frente a la dosis personal, afirma la Corte que si bien el artículo 376 del Código Penal tipifica la conducta de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, la Ley 1453 de 2011 incluye el porte de sustancias en cantidad considerada como dosis para uso personal.

En esta sentencia la Corte declara la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, en el entendido de que el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, regula “*el porte de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en cantidad considerada como dosis*

ración de la concepción republicana, reemplazan la forma política plasmada en la Carta actual, pues, según fue analizado, de esa forma política hacen parte el sistema de gobierno, el régimen político, la forma de gobierno y también la forma de Estado que no fue objeto de estudio en esta ocasión”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010.

106 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141 de 2010.

107 “*Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. (...) el legislador podrá efectuar regulaciones siempre y cuando no impida que el aborto se pueda realizar, o establezca cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer [...]*”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006.

para uso personal, y no se configura el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes"¹⁰⁸.

De cualquier forma, en estos casos el juez constitucional regula temas que no han sido desarrollados por el legislador y que en alguna medida responden a la categoría de lagunas. ¿Cuál es el límite a ese poder creador del juez?

2. Los límites al poder de creación del derecho

Konrad Hesse considera que el proceso de interpretación constitucional es un proceso de "concreción", que no es ilimitado ya que el límite es el texto. En efecto, los límites al poder del juez solo dependen de su mera voluntad: "*La autodeterminación del tribunal se corresponde con la necesidad de autocontrol de sus jueces: todo el peso cae sobre su persona; no existen directrices y referencias normativas, y las decisiones sobre los límites de la justicia constitucional van hacia lo incommensurable*"¹⁰⁹.

"*Allí donde no hay texto constitucional, la interpretación deja de ser una tarea de concreción y se convierte directamente en una labor de suplementación*"¹¹⁰, así como la transformación del parámetro de constitucionalidad modifica el sistema como tal. Hesse agrega que resulta embarazoso seguir defendiendo el modelo clásico de jurisdicción constitucional que se apoya en la mayor legitimidad de la Constitución frente al legislador.

Hoy la actividad de la jurisdicción constitucional se desenvuelve fuera de los márgenes estrictos del texto y necesita a menudo el recurso a contenidos implícitos. Pero la transformación del parámetro de constitucionalidad y su pérdida de fijeza, su carencia de textualidad es más una consecuencia que una causa: Como he señalado [...] la realidad político constitucional, en ocasiones por el impulso de la propia norma suprema, se desenvuelve al margen de los contenidos normativos de ésta. Por tanto, las demandas de soluciones constitucionales

108 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-491 de 2012.

109 Hesse (2011): 180.

110 Considero que la palabra más apropiada en este caso sería: suplantación, cfr. Hesse, op. cit., 271.

*que emerjan bien de los actores políticos, bien de la sociedad requerirán del intérprete una tarea de suplementación sobre el texto constitucional.*¹¹¹

En este sentido, los límites a la justicia constitucional se pueden resumir en el artículo 241 de la Constitución¹¹², que implica no ejercer funciones propias de otros poderes, no “convertirse en legislador, sustituir al gobierno en la dirección política o decidir las causas propias de la jurisdicción ordinaria”¹¹³. No obstante, como sus funciones principales son ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y la defensa de los derechos fundamentales, ello no requiere de cautela, sino por el contrario “de una intervención decidida del tribunal”. En realidad, el *judicial self-restraint* favorece el statu quo y el *fait accompli*¹¹⁴, y por lo tanto esos no pueden ser los límites a la justicia constitucional. Es necesario el desarrollo de principios que el tribunal debe preservar dentro de las funciones que le otorga la Constitución, que no define el mandato de interpretación ni tampoco los límites de la jurisdicción constitucional, sino que contiene una serie de principios que marcan los límites a la justicia constitucional¹¹⁵.

Los límites a la justicia constitucional se justifican mediante la separación de poderes dentro de una Constitución mixta que admite la jurisdicción constitucional como un poder que interviene en las situaciones en las que el legislador no regula casos precisos. Es cierto que darle la categoría de precedente a las decisiones de los jueces sí responde a una actividad creadora del derecho, y en esa medida hay que entenderla como una actividad ligada a la del legislador y en armonía con la misma, a fin de combinar tanto el principio de flexibilidad del derecho y el principio de seguridad jurídica¹¹⁶.

111 Hesse, óp. cit., 271.

112 “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo [...]”.

113 Hesse, óp. cit., 179.

114 Hesse, óp. cit., 180.

115 Hesse, óp. cit., 181.

116 Ver en este sentido Kelsen, 258-264 (2007).

CONCLUSIONES

La mutación del esquema de la separación de poderes cobra vigencia en Colombia.

El juez no es un legislador y su función es la de ajustar el contenido de la Constitución a través de sus decisiones; el legislador sigue activo en el escenario político y jurídico nacional. Pero la aplicación de los precedentes abre todas las posibilidades de interpretación de los postulados constitucionales, y es allí donde la interpretación crea derecho.

En cualquier caso, el precedente no sustituye a la ley, ni al legislador, pero de acuerdo con la teoría del derecho viviente¹¹⁷, la ley debe ser entendida desde la perspectiva jurisprudencial, es decir, desde su aplicación por parte de los jueces. En efecto, la ley es el producto de una combinación de ideologías encontradas, de políticas sociales antagónicas que surgieron en el momento de su creación y persisten al momento de aplicarla, y el juez sigue siendo aquel que conoce los conflictos sociales, concretiza el contenido impersonal y abstracto de las leyes. En suma, el juez constitucional genera un derecho realista que se adapta a las realidades sociales y se armoniza con su función; la de juez constitucional¹¹⁸. El precedente no reemplaza al legislador, sino por el contrario define su margen de maniobra, producto sin lugar a dudas de un neoconstitucionalismo¹¹⁹ que en Colombia ha cobrado vigencia con la Constitución de 1991 y el activismo de la Corte Constitucional. Con él se han generado cambios y ha surgido un nuevo modelo ideológico, donde el juez crea derecho y forja una nueva Constitución, con nuevas prácticas jurisprudenciales¹²⁰ y desarrollos teóricos novedosos¹²¹ que han implementado la protección de los derechos fundamentales en todos los ámbitos.

Es válida la legitimidad que ha alcanzado el juez constitucional en Colombia, y con toda certeza las decisiones judiciales responden a coyunturas sociales que en principio deberían ser resueltas por

117 Ver sobre el tema, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, octava edición, Trotta, Madrid (2008).

118 Zagrebelsky, 555-567 (2010).

119 Ver en este sentido un amplio desarrollo del neo constitucionalismo en Colombia cfr. J. García, 313-365 (2010).

120 *Ibidem*, 342.

121 *Ibidem*, 355.

el legislador. La legitimidad democrática¹²² de la Corte Constitucional no se discute, pero judicializar todos los aspectos políticos o de competencia del Congreso es un riesgo que al mismo tiempo deslegitima el poder judicial¹²³.

Por lo pronto, que perdure el *res iudicata pro veritate habetur!*

122 Víctor Ferreres Comella, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El canon neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo editores – Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 479-503 (2010).

123 “Resolver complejos problemas sociales puede dar la impresión de que la solución de muchos problemas políticos no depende de la participación democrática sino de la actividad de los jueces [...]”. Uprimmy Yepes, 98 (2008).

REFERENCIAS

Libros

- Alf Ross, *Teoría de las fuentes del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (2007).
- Allan Brewer Carías, *Reflexiones sobre la Revolución norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª ed. ampliada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2008).
- Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2005).
- Carlos Maynz, *Curso de derecho romano*, 2ª ed., tomo I, Jaime Molinas editor, Barcelona (1892).
- César Rascón García, *Manual de derecho romano*, 3ª ed., Tecnos, Madrid (2000).
- Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 4ª ed., Montchrestien, Paris (1995).
- Eugenio Bulygin, *En defensa de El Dorado, respuesta a Fernando Atria, en Lagunas en el derecho*, Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid (2005).
- Fabio Espitia Garzón, *Historia del derecho romano*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2006):
- Fernández De Bujan & Antonio Fernández, *Derecho público romano*, Civitas, Madrid (2002).
- Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, octava edición, Trotta, Madrid (2008).
- , *Realismo y concreción del control de constitucionalidad. El caso de Italia, en El canon neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo editores – Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).
- Guy Canivet, *Activismejudiciare et prudence interprétative*, *Archives de Philosophie du Droit* 50, Dalloz (2006).
- Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 15ª ed., Porrúa, México (2007).
- Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2003).
- Jean- Louis Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, 1ª ed., PUF, Paris (1992).
- Joaquín Brage Camanzo, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson Constitucional, Madrid (2004).
- Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez editores, España (2011).
- Lawrence Sager, *Juez y democracia*, Marcial Pons, Barcelona (2007).
- Leonardo García Jaramillo, *El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿Entelequia*

- innecesaria o novedad pertinente? El canon neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo editores – Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).
- Louis Favoreu, *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2000).
- Marco Tulio Cicerón, *Las leyes*, Libro III, 3-8.
- Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, 6^a ed., Dalloz, París (2009).
- Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, París (1994).
- Montesquieu, *De l'esprit des lois*, tomo I, Gallimard (1995).
- Pablo E. Navarro, *Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial*, en *Lagunas en el derecho*, 87-101, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid (2005)
- Peter Irons, *Supreme Court*, Penguin Books, USA (2006).
- Raymond Carre de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tomo II, Sirey, París (1992).
- Raymond Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains: Approche comparative*, LexisNexis, París (2008).
- Riccardo Guastini, *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano. Neoconstitucionalismos*, cuarta edición, Trotta, Madrid (2009).
- Riccardo Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit et présenté par Véronique Champeil-Desplats, Dalloz, París (2010).
- Stéphane Breyer, *Pour une démocratie active*, Odile Jacob, París (2007).
- Victor Ferreres Comella, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El canon neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo editores – Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).
- Victor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid (2011).

Revistas

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El amparo Iberoamericano*, 4 *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 002, 39-65 (2006).
- Elisabeth Zoller, *La Cour Suprême des Etats Unis d'Amérique*, *Les Cahiers du droit Constitutionnel*, No. 5, 283 (1998).
- Fabrizio Mantilla, "Interpretar": ¿Aplicar o crear derecho? *Análisis desde la 'perspectiva del derecho privado*, XXXIII *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 537-597 (2009).
- Luisa Fernanda García & Miguel Malagón, *Mecanismos de protección de derechos: de la República Romana a la acción pública del siglo XIX en Colombia*, 8 *Revista Opinión Jurídica*, No. 16, 149-167 (2009).

Luiz Guilherme Marinoni, *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*, 18 *Revista Ius et Praxis*, No. 1, 249-266 (2012).

Teresa García-Berrió Hernández. *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación*, *Foro, nueva época*, No. 4, 127-152 (2006).

Documentos en internet

Southern Pacific Company, *Plff. in Err., v. Marie Jensen*. 244 U.S. 205, Decided May 21, 1917 (37 S.Ct. 524, 61 L.Ed. 1086). Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/244/205#writing-type-16-Holmes> (recuperado el 14 de febrero de 2013).

Institutes de Justinien, *Corpus iuriscivilis*, traduction française d'Henry Hulot. Traducción del francés al español realizada por la autora. Disponible en: <http://www.histoiredudroit.fr> (recuperado el 22 de enero de 2010).

Digeste, *De la justice et du droit Corpus iuriscivilis*, traduction française d'Henry Hulot. Traducción del francés al español realizada por la autora. URL: <http://www.histoiredudroit.fr> (recuperado el 22 de enero de 2010).

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-131 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero. 1º de abril de 1993).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-083 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz. 1º de marzo de 1995).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-586 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo. 07 de diciembre de 1995).

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-123 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 21 de marzo de 1995).

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-260 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo. 20 de junio de 1995).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-447 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero. 18 de septiembre de 1997).

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-486 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra. 10 de septiembre de 1998).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-047 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. 29 de enero 29 1999).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-252 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz. 28 de febrero de 2001).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-836 de 2001(M.P. Rodrigo Escobar Gil. 9 de agosto de 2001).

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU 1300 de 2001(M.P. Marco Gerardo

- Monroy Cabra. 6 de diciembre de 2001).
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-1317 de 2001 (M.P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes. 7 de diciembre de 2001).
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-039 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. 28 de enero de 2003).
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-468 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil. 5 de junio de 2003).
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-025 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. 22 de enero de 2004).
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T- 158 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto. 2 de marzo de 2006).
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T- 117 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández. 22 de febrero de 2007).
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-1092 de 2007 (M.P. Humberto Sierra Porto. 14 de diciembre de 2007).
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-766 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. 31 de julio de 2008).
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. Sentencia T-443 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. 15 de junio de 2010).
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-441 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 8 de junio de 2010).
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-482 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. 13 de junio de 2011).
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. 26 de julio de 2011).
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia T-762 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa. 7 de octubre de 2011).