

¿Ideal democrático? Del activismo judicial a la constitucionalización del derecho*

A Democratic Ideal?

From Judicial Activism to Constitutionalization of Law

Recibido: 01 de abril de 2013 - Revisado: 13 de junio de 2013 - Aceptado: 11 de octubre de 2013

Luisa Fernanda García López**

Resumen

La constitucionalización del derecho en Colombia obedece a una participación activa del juez, en particular del juez constitucional. El precedente judicial fuente del derecho es una muestra de la inclusión del juez en el escenario constitucional como garante de la democracia y del derecho. El ideal democrático incluye irreversiblemente al juez constitucional y sus interpretaciones. La sobreinterpretación del derecho responde a una interpretación amplia de la Constitución y a la construcción de normas que en algo contribuyen a llenar las lagunas del derecho. Con ello, el neoconstitucionalismo, es constitucionalizar el ordenamiento jurídico.

Palabras clave

Constitucionalización del derecho, activismo judicial, precedente judicial, separación de poderes, democracia, Constitución Política, sobreinterpretación, neoconstitucionalismo.

Abstract

The constitutionalization of law in Colombia is due to an active participation of the judge, in particular, of the constitutional judge. The judicial precedent source of law is an example of the inclusion of the judge on the constitutional stage as guarantor of democracy and law. The democratic ideal irreversibly includes the constitutional judge and his interpretations. The overinterpretation of law answers to a broad interpretation of the Constitution and to a building of norms that contribute something to fill the gaps in the law. Thus neoconstitutionalism is constitutionalizing the juridical order.

Key words

Constitutionalization of law, judicial activism, judicial precedent, separation of powers, democracy, Political Constitution, overinterpretation, neoconstitutionalism.

* Artículo desarrollado en el marco del proyecto "Confluencias entre derecho público y derecho privado", adscrito a la línea de investigación en derecho privado, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

** 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*) en la Universidad de Montpellier. Profesora principal de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.
Correo electrónico:

luisa.garcia@urosario.edu.co

Para citar este artículo use: García, L. F. (2013). ¿Ideal democrático? Del activismo judicial a la constitucionalización del derecho. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 13(25), 17-32.

Introducción

La constitucionalización del derecho hoy por hoy, es el producto de una serie de prácticas que han desarrollado particularmente los tribunales constitucionales o las cortes supremas, a través de la primacía de la Constitución Política y sus principios, dando lugar al fenómeno de constitucionalización del derecho que no es ajeno al contexto colombiano. Por ende, antes de identificar en propiedad la constitucionalización del derecho en el ámbito nacional, es pertinente abordar cuáles han sido las experiencias reiteradas por tribunales europeos y norteamericanos que han introducido tanto al juez como sus decisiones en el escenario jurídico, dando lugar a la prevalencia de la jurisprudencia, del precedente judicial y de la discrecionalidad. El contexto colombiano se ha impregnado de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, dando posición sobresaliente al activismo de la Corte Constitucional, y a sus interpretaciones de la Constitución.

El proceso de constitucionalización del sistema jurídico requiere ante todo, de una Constitución rígida como condición principal (Guastini, 2010, pp. 163-174) y la garantía jurisdiccional de esta. El proceso de constitucionalización, involucra la fuerza vinculante y obligatoria de la Constitución; la interpretación de la misma, que requiere de la aplicación directa de las normas constitucionales; la armonización de la ley con la Constitución y, fundamentalmente, el principio de igualdad como aquel que exige que toda distinción y clasificación legislativa sean razonables; así como la proporcionalidad de los principios constitucionales cuando estos entran en conflicto.

La constitucionalización predomina en los sistemas de control difuso, por tanto, la fuerza obligatoria de la Constitución corresponde a la idea de que es un conjunto de normas obligatorias y representa la ideología y la cultura jurídica del país. Todas las constituciones políticas contemporáneas incluyen normas que rigen

las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, también comprenden declaraciones de derechos y principios generales del derecho, como disposiciones de carácter programático y que no se asimilan a normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, las normas que conceden derechos y libertades se presentan como normas de principio, ya que se consideran preceptos de carácter subjetivo y demandan, en cierta medida, de otras leyes que las reglamenten. Así, en el contexto de la constitucionalización del derecho, la disposición constitucional será siempre una norma jurídica, obligatoria y susceptible de producir efectos jurídicos (Guastini, 2010, pp. 163-174), y los axiomas constitucionales no pueden modificarse ni siquiera por medio de la revisión constitucional. Son principios inmutables y que corresponden a la constitución material.

Se verá de esta forma, cómo se da origen a la constitucionalización del derecho, y en qué medida se logra ese ideal democrático a través de la justicia constitucional y del activismo judicial dentro de su capacidad creadora de derecho. Del mismo modo, se identificará cómo la constitucionalización del derecho es un mecanismo de transformación del sistema jurídico, donde se evidencia una Constitución invasora y desbordante, cuyas interpretaciones por parte de los jueces conllevan a la sobreinterpretación, entendida como ese parámetro de validez que deben tener todas las normas jurídicas y su adecuación a la Constitución Política.

El objetivo democrático y la justicia constitucional

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 prodemocrática. El modelo “democraticista”¹ de acuerdo con Sager (2007, p. 144), se explica por una práctica constitucional que se basa en la justicia, ya que las cláusulas constitucionales garantizan la libertad. El modelo “democraticista” reconoce un ámbito de interpretación de los jueces que cuenta con

ciertos límites establecidos en la Constitución (p. 149). En efecto, la justicia constitucional, se enfrenta a situaciones variadas que requieren fallos equitativos, que deben ser duraderos y no agotan el contenido de la Constitución, “constituye una parte importante de la justicia política en general y de la justicia constitucional en particular” (Sager, 2007, p. 149).

Ello conlleva a la discrecionalidad de los jueces, que depende de los márgenes que determine el derecho. No existen límites que justifiquen sus decisiones, ya que en realidad no tienen una obligación precisa de aplicar una disposición. Sus decisiones se apoyan en la discrecionalidad, o en sus convicciones sobre la mejor solución para un caso, en cuanto a hechos no regulados por el derecho, tienen los jueces la capacidad de modificar el derecho (Navarro, 2005, pp. 87-101).

De esta manera, el activismo judicial se justifica con dependencia de la fuente del derecho que se pretende aplicar, interpretar y desarrollar, y el poder creador del juez es según si está frente a una ley, Constitución o tratado (Canivet, 2006, p.25). Frente a la ley, los jueces tratan de mitigar el alcance de leyes de un alto grado de política. Ante la Constitución, el poder de los jueces en la creación del derecho es mucho más amplio, en tanto que las disposiciones constitucionales son menos precisas que las leyes, lo que reclama de una mayor definición por su parte.

La esencia del control de constitucionalidad, radica finalmente en la protección de las minorías respecto 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 instrumento que se opone al conservadurismo legislativo, cuando el legislador no quiere derogar leyes por tradición o clientelismo. Del mismo modo, el control de constitucionalidad se argumenta por la uniformidad del derecho y de la Constitución, sobre todo en los países que cuentan con un sistema federal. Una corte cons-

titucional, puede ejercer un poder considerable como quiera que sus miembros logren armonizar sus creencias y lleguen a la convicción que son la única instancia para definir el tenor de la Constitución (Canivet, 2006, pp.26-27).

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 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, este debe apartar la disposición interna del ordenamiento jurídico, por violar una convención internacional firmada por el Estado. En el ámbito interno e internacional se observa el poder creador del juez.

Las decisiones de los jueces se fundan en juicios normativos en el sentido que las mejores decisiones no se cuentan con un peso de “juicio popular” sino en juicios normativos propios de la justicia constitucional. “Una constitución puede mejorar el juicio político sobre aspectos esenciales de la justicia solo, 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 (Canivet, 2006, p. 15).

Asimismo, 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 poderes (Hesse, 2011).

Si bien el juez constitucional no se elige por la vía popular, legitima la ley mediante el estudio de conformidad a la Constitución y con ello, contribuye a la democracia (Troper, 1994). Rousseau (1995) invoca una nueva noción de la democracia², 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 es un acto de creación del derecho (p. 413). En realidad, la democracia actual responde a una reinterpretación de la separación de poderes y a la inclusión del juez en el escenario jurídico. Así se edifica el ideal democrático, originariamente con el poder creador del juez constitucional y su legitimación a través de los diversos mecanismos jurídicos previstos para ello. El poder creador del juez no tendría fuerza si no se contemplara la discrecionalidad como herramienta de interpretación que se materializa a través de las lagunas del derecho que requieren de ese ejercicio permanente: llenar y completar los vacíos jurídicos.

La legitimación del juez constitucional

El juez constitucional creador permanente de derechos, avala la ley de acuerdo con la Constitución, con lo cual, reinterpreta, actualiza y refresca la Constitución en armonía con los derechos humanos. Cabe resaltar que la democracia no es solo el respeto de los derechos fundamentales; se consolida únicamente si los fallos de los tribunales constitucionales aportan un beneficio democrático (Ferrerres, 2011, pp. 139-142). En el entendido de que amparen a la sociedad y en 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 que se encamina hacia la satisfacción del interés público responde al objetivo democrático, esto obedece a un ideal teleológico, como aquel que consagran las constituciones cuyo fin siempre es la libertad individual de los ciudadanos. La ficción de un “Parlamento razonable” y objetivo es el mejor aliado del juez constitucional, quien trata de ajustar sus decisiones a lo que el “parlamentario razonable” quiso materializar a través de las leyes³.

La legitimidad de los jueces (Canivet, 2006, p.10), suscita varios debates, entre ellos, el que planteó el juez Raymond de Ryckère de

la resistencia belga en la Primera Guerra Mundial. Ryckère hizo 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 conformidad a la Constitución y las leyes (Canivet, 2006). 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 decisiones (Canivet, 2006, p. 11).

La legitimidad de los jueces se centra igualmente en el método de selección y de acceso a la función judicial (Constitución Política, 1991)⁴. El nombramiento de los jueces de la Alta Corte, en el Reino Unido⁵, (la Supreme Court of the United Kingdom) lo realiza la reina de manera vitalicia, con 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 también, 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 estos que interviene en su nombramiento⁶. En Alemania, son elegidos los miembros de la Corte Constitucional Federal por una mayoría de votos en la comisión electoral del *Bundestag* y del *Bundesrat*⁷. En Estados Unidos el presidente nombra a los jueces de la Corte Suprema y el Senado con la mayoría de votos, y ratifica los nombramientos que son vitalicios mientras los jueces demuestren un buen comportamiento. La garantía de transparencia, inevitablemente legitima la función judicial al igual que el juez⁸, ya que el nombramiento, no queda en manos del ejecutivo, o de un grupo de parlamentarios.

La discrecionalidad del juez constitucional

El concepto de “supremacía de la Constitución”⁹ se adoptó inicialmente en 1787 en los

Estados Unidos, ello responde a la capacidad de la Corte Suprema de Justicia 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, dándole a los jueces y al poder judicial un papel determinante. En efecto, la Corte Suprema y la supervisión judicial de las leyes hicieron que el sistema de frenos y contrapesos, fuera la verdadera razón del deber judicial. Dado que la *judicial duty* es el 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 descentralizados¹⁰.

El realismo americano, tesis que estuvo en boga a principios de siglo, le dio a la jurisprudencia la categoría de fuente creadora del derecho. 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 las reglas de la lógica sino de la experiencia¹¹. Las necesidades del momento, las teorías políticas y morales, la política jurisprudencial a seguir y 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 tanto, siendo juez de la Corte en el caso *Southern Pacific Co. vs. 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 soberano¹².

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: aquel cuyas

decisiones no puede modificar ni revertir 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 se vincula con la sociedad¹³. Por ende, 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 democracia (Sager, 2007), con ello, la Corte Warren marcó un antecedente 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 y editores de periódicos. En pocas palabras, la Corte Warren declaró inmoral la discriminación racial (Irons, 2006, pp. 409-420).

Los jueces en su momento han generado una especie de confianza que se viene perdiendo por parte de los políticos, por ello, sin lugar a dudas los jueces contribuyen a la creación del derecho.

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 estable-

cer las condiciones dentro de las cuales dicha situación no debe volver a presentarse¹⁴.

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 precisar 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 ordinaria¹⁵.

En el esquema positivista, las lagunas jurídicas conducen a la discreción judicial, en tanto que solamente hay discrecionalidad del juez, cuando el caso carece de solución (Bulygin, 2005, pp. 84-85) y se genera una laguna jurídica.

Las lagunas del derecho y el poder creador del juez constitucional

El poder creador de los jueces, se define indudablemente, frente a los vacíos del derecho, bien sea porque hay una laguna dejada por el legislador, o porque la jurisprudencia 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 juez¹⁶ y de una u otra manera, se justifica el activismo judicial como tal.

En definitiva, el juez crea derecho. En el panorama jurídico actual es irrelevante diferenciar si concibe o aplica el derecho. Resulta un ejercicio inútil porque el juez goza de una vasta libertad que le permite definir cómo procede y cómo resuelve un caso concreto¹⁷.

La sentencia judicial no es solo declarativa, el tribunal, al identificar la norma aplicable al caso específico, administra y crea derecho en

el entendido de que median valoraciones subjetivas que no solo se reducen a la aplicación tajante del derecho, sino además a la creación.

El alcance del activismo judicial depende del texto que se interpreta y desarrolla (Canivet, 2006, p. 24), por el poder de creación de los jueces. Así, la tesis tradicional según la cual, la función del poder legislativo es erigir normas generales y la del poder judicial es ejecutarlas, resulta insostenible, los jueces están en la capacidad de concebir normas cuando hay lagunas jurídicas, desde 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 ayuda a 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.

La constitucionalización del derecho y la sobreinterpretación de la Constitución

La noción de constitucionalización se refiere a un proceso integrado por tres aspectos. Primero, trata de la introducción de la primera Constitución escrita en un sistema jurídico que estaba en principio desprovisto de la misma. Segundo, apunta a un proceso histórico y cultural que transformó las relaciones jurídicas entre los que detentaban el poder político y los ciudadanos. Este fenómeno difiere del anterior, puesto que se concretizó a través de una codificación, a saber, la Constitución escrita. Tercero, la constitucionalización alude al proceso de transformación de un sistema jurídico, en los términos de los cuales este se impregna de normas constitucionales. Un sistema jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasora y desbordante. Sin embargo, la cons-

tucionalización del sistema jurídico reclama ciertas precisiones que han sido ampliamente expuestas por Riccardo Guastini, abanderado de la escuela de Génova y de la visión formalista del derecho; también por Louis Favoreu, gran representante en el ámbito europeo.

Se verá de esta forma, en qué consiste un sistema jurídico no constitucionalizado y un sistema jurídico constitucionalizado, y los efectos de la constitucionalización, lo que Guastini denomina la sobreinterpretación.

La Constitución, separación de poderes

Un sistema jurídico que no es constitucionalizado se ocupa del derecho constitucional, entendido desde la concepción de la doctrina constitucional clásica del siglo XVIII que tiene un campo limitado. Por una parte, rige aspectos fundamentales de la organización estatal (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y los nexos recíprocos entre los órganos que están revestidos de estos poderes); y por otra, determina los derechos y libertades de los ciudadanos frente a los poderes públicos. Este papel se definió en principio en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el artículo 16, que proclama: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución” (Favoreu, 2000; Guastini, 2009, pp. 49-73).

La concepción francesa de separación de poderes del siglo XVIII se entendió como un principio negativo¹⁸ (Troper, 1994), en tanto que rechazaba la idea de que una misma persona ejerciera el poder ejecutivo, legislativo y judicial. Por lo anterior, de conformidad con la separación de poderes, se identifican dos modalidades de organización de los poderes: la primera, que corresponde a la modalidad clásica de separación de poderes o separación estricta de poderes, y que implica una especialización e independencia de las funciones. La segunda,

que corresponde a una repartición de los diferentes poderes entre órganos mutuamente interdependientes; se denomina separación flexible de poderes o balance de poderes (Guastini, 2010, p. 31).

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 despóticos. 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 que toda constitución sin separación de poderes estrictamente, no tendría tal carácter.

Existen críticas a esta posición tradicionalista, en particular Raymond Carré de Malberg (1992) refutaba esta consideración, pues la separación de poderes suponía igualdad en las funciones estatales donde se admitía que no debía haber jerarquía alguna. No obstante, la esencia de la separación de poderes tal y como se concebía en el siglo XVIII, sí aceptaba una jerarquía en los órganos y en las funciones, y por ello, el poder legislativo al ser la cabeza del sistema, involucraba una verdadera jerarquía que supeditaba al ejecutivo, quien efectuaba las órdenes provenientes del legislativo (Troper, 1994, pp. 223-236).

Carré de Malberg (1992) convino que el juez podía ante las lagunas de la ley “crear y complementar el derecho”, pero desde el precepto de que solo era aplicable al caso concreto y dejando en claro que la jurisprudencia no era fuente de derecho¹⁹. En el siglo XIX este concepto evolucionó, en esencia, por un replanteamiento del poder ejecutivo, ya que podía ejercer un contrapeso al poder legislativo. En realidad, el rol 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. Así, 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 ese sentido, era un contrapeso al poder legislativo. Del mismo modo, en cuanto al poder judicial, la ideología revolucionaria no consideraba el acto de juzgar propio de un poder, este era una acción mecánica donde se administraba una ley con fundamento en un silogismo jurídico (Ross, 2007, p.101).

Ahora bien, mediante el control de constitucionalidad en los Estados Unidos y el fallo *Marbury vs. Madison* (1803), se evidenció que el control de constitucionalidad sí podía contradecir disposiciones que emanaran del poder legislativo; entonces, si bien el control de constitucionalidad se adoptó 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 contrapeso (Ross, 2007, p. 101).

Por último, en el siglo XX se logró armonizar la noción de separación de poderes en el entendido de que de acuerdo con el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), se hace referencia a que una “sociedad” no tiene Constitución si la separación de poderes no está determinada. En efecto, la sociedad, afirma Troper (1994), demanda unos poderes definidos, para que haya un equilibrio social se necesitan las leyes –los actos ejecutivos– y que los litigios se solucionen en forma pacífica. Por tanto, todos los órganos que aseguran el ejercicio de estas funciones deben ser considerados como órganos de la sociedad (p. 234).

De esta forma, se aleja el fantasma de la 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 se subordina 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 gobernantes (Rousseau, 1995, pp. 398-399). Se evidencia entonces, un proceso que va de la Constitución -separación de poderes- a la Constitución -garantía de derechos-, el cual inevitablemente pasa por una actividad jurisprudencial que lidera la justicia constitucional.

El Consejo Constitucional, tal y como lo apunta Rousseau (1995) “es el instrumento de promoción constitucional de las libertades y de su protección” (p. 402), 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” (p. 402) que no se limita a establecer diferencias entre gobernados y gobernantes, sino a que uno y otro cuenten con instituciones propias. En ese orden de ideas, los gobernantes tienen 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 de parte de la sociedad civil (Rousseau, 1995, 402).

La Constitución garante de derechos y el precedente judicial

En un sistema constitucionalizado el derecho constitucional tiende a abarcar un espacio en la vida social y política, sometiendo la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos y las relaciones privadas. La legislación está condicionada por la Constitución pues se concibió no como una actividad libre, sino como una actividad discrecional que se somete a la Constitución; es decir, el legis-

lador no puede escoger libremente los fines a alcanzar, puede tan solo elegir los medios más oportunos y/o eficaces para alcanzar los objetivos que se predeterminan en la Constitución. Así, la jurisprudencia se limita por la Constitución, en el sentido de que los jueces tienen el poder y el deber de aplicar las leyes y la Constitución (Guastini, 2010).

Las relaciones privadas, en consecuencia, se condicionan por la Constitución que rige no solo los vínculos entre el Estado y los ciudadanos, sino también los nexos interindividuales. De la misma manera, la doctrina está condicionada por la Constitución, ya que busca los fundamentos axiológicos de las leyes y tiende a exponer el contenido normativo, como si fuera un simple desarrollo de principios constitucionales. Así, todo ámbito doctrinal es ulterior a un análisis de los principios constitucionales que gobiernan el tema específico.

El precedente constitucional en Colombia²⁰ consolida la constitucionalización del derecho, pues si bien el artículo 230²¹ de la Constitución Política de la nación (1991) dispone que los jueces solo se sometan al imperio de la ley, la Corte Constitucional considera que ley se entiende en sentido amplio y se refiere a todo el ordenamiento jurídico²². Con ello, la ley no se entiende en un sentido formal o taxativo, sino en uno vasto, que implica un conjunto integrado de normas en el que se incluye la jurisprudencia extendiendo su espectro al denominado bloque de legalidad²³.

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 diversas del contenido de una norma y por ello generar consecuencias diferentes. Por ello, la Corte justifica el precedente:

[...] bajo el supuesto de que la independencia 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 (Sentencia T-762/2011).

La sobreinterpretación de la Constitución

Es uno de los aspectos más importantes de la constitucionalización de los sistemas jurídicos, y consiste en volver a interpretar lo ya estudiado por los jueces del texto constitucional, lo cual depende de los jueces y en particular, del juez constitucional. En realidad, la Constitución contiene algunas lagunas, ya que no puede regular la totalidad de la vida política y social. Por ende, la sobreinterpretación se refiere precisamente a esa condición interpretativa que excluye los vacíos del derecho constitucional y, por tanto, evita o previene estos, y elabora disposiciones que no son expresas y son capaces de colmarlos.

La sobreinterpretación de la Carta Magna no trata de una interpretación literal de la Constitución, sino de una más amplia, y de la construcción de normas que no son expresas y capaces de cubrir todas las lagunas allí donde son inevitables (Guastini, 2010, pp. 163-174). De este modo, la sobreinterpretación apunta a la búsqueda en los textos constitucionales de todas las normas aptas para regir todos los aspectos de la vida social y política. Cuando se está frente a una Constitución sobreinterpretada, toda decisión legislativa se determina por cualquier precepto constitucional y ninguna escapa al control de constitucionalidad. En pocas palabras, ningún espacio es propicio para que intervenga el poder legislativo discrecional, con lo cual la Constitución se convierte en obligatoria.

Por otra parte, el constitucionalismo contemporáneo propende por atribuirle a la Constitución una misión reguladora de las relaciones sociales. En consecuencia, las normas constitucionales y los principios generales son normas programáticas que pueden producir efectos directos, y pueden ser aplicadas directamente por

un juez, cuando este se encuentre frente a un conflicto que no puede ser resuelto por la ley, porque la ley es ambigua y no aporta solución alguna al caso en específico o bien porque la solución que aporta aparece como injusta.

Dentro de esta concepción, la legislación es el desarrollo de principios constitucionales y la ejecución de programas trazados por la Constitución, lo que implica su cumplimiento directo.

Ahora bien, la interpretación de un texto normativo tiene efectos diferentes cuando una disposición legislativa se interpreta en abstracto o en concreto. En estos casos, el juez debe escoger la interpretación correcta o más acorde con la Constitución, ya que es aquella quien armoniza la ley con la Constitución evitando todo tipo de contradicción entre ellas. Con esto, lo que se preserva es la validez de una ley que interpretada de otra forma, sería abiertamente inconstitucional, con lo cual se confirma el proceso de constitucionalización del derecho.

Así, la influencia de la Constitución en las relaciones políticas es el último aspecto del proceso de constitucionalización. Este aspecto depende de diversos elementos, entre los que se pueden mencionar no solamente el contenido de la Constitución, sino también el comportamiento de los jueces constitucionales y de los actores políticos.

Frente al contenido de la Constitución, algunas constituciones le conceden al Tribunal Constitucional la potestad de resolver ciertos conflictos de competencia. Estos conflictos, sostiene Guastini (2010), no son otra cosa que situaciones de orden político en las cuales el juez constitucional interviene y resuelve situaciones por la vía del derecho, haciendo uso de normas constitucionales. Cuando se trata de los jueces en general y del Tribunal Constitucional, los jueces constitucionales pueden adoptar un comportamiento restrictivo frente a los temas políticos, siempre respetando el poder político del legisla-

dor, o bien, cuestionando las decisiones legislativas aun cuando no son abiertamente inconstitucionales. Entre los instrumentos argumentativos utilizados con mayor frecuencia por los jueces constitucionales para frenar el poder político del Parlamento, prima el principio de igualdad, como aquel que exige que toda distinción y clasificación legislativa sea razonable, al igual que la proporcionalidad de los principios constitucionales cuando estos entran en conflicto.

Conclusiones

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 jurídico²⁴. Así, 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 igualdad²⁵ (Sentencia T-482/2011).

Este debate suscita grandes controversias entre la posición tradicional, que se soporta en una visión formalista del derecho que solo reconoce a la jurisprudencia como una fuente accesorio del derecho, y la visión más audaz que le atribuye a la jurisprudencia la calidad de fuente formal del derecho con carácter vinculante.

El alcance del precedente judicial se justifica por razones de seguridad jurídica en tanto que las decisiones de los jueces deben ser pre-

visibles y una garantía del principio de igualdad. En efecto, “el precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética”, (Sentencia C-447/1997). Reitera la Corte que el ideal del precedente es no solo dictar una decisión en derecho, sino que esta misma decisión se pueda suscribir de nuevo a otro caso donde los hechos se ajusten a la *ratio decidendi* del fallo anterior.

Por lo anterior, la consistencia en las decisiones judiciales concuerda con el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que busca una coherencia y permite armonizar la acción judicial conforme a la garantía de los derechos. Con ello, la jurisprudencia de la Corte y la técnica de los precedentes permiten unificar la jurisprudencia. Así, la unidad en el ordenamiento jurídico se logra a través de la unificación jurisprudencial, y con ello, la aceptación del sistema de precedentes. Este sistema ayuda a obtener la eficacia del sistema jurídico. Se habla de un “espacio de argumentación jurídica” donde el funcionario judicial identifica los hechos y las normas, todo encaminado a alcanzar el ideal de justicia material (Sentencia C-252/2001); en ello, el activismo judicial se encuentra plenamente sustentado.

Así, el papel del juez constitucional es el de redefinir los puntos “grises” de la ley (Pozzolo, 2010); labor de concreción de los derechos enunciados en la Constitución Política, y en esa medida perfecciona la democracia, ya que le da un verdadero alcance a los derechos consagrados en la Constitución que no han sido definidos por el legislador. El ideal democrático se fortalece en parte, con el constitucionalismo contemporáneo o con la constitucionalización del derecho, mientras que la dimensión argumentativa es determinante para que los principios constitucionales trasciendan el ordenamiento jurídico y se consolide la prevalencia de los derechos fundamentales. El juez se convierte en un actor definitivo y por ende, se modifica la estructura clásica de la separación de poderes. El juez y el precedente incursionan en el

escenario jurídico y con ellos, la Constitución cuenta con una fuerza expansiva, que ante todo busca la materialización de la justicia. Los poderes públicos al actuar de manera concertada y siguiendo los postulados de justicia, enunciados en la Constitución, deben ajustar todas sus actuaciones a los principios de justicia definidos tanto en la Constitución como por el juez.

La solución justa es el ideal a alcanzar, ese ideal sustentado en un principio de la Constitución que solo requiere ser precisado por el juez. ¡Que viva la democracia constitucional!²⁶. El activismo judicial legitima la democracia siempre y cuando se interprete de modo correcto la Constitución, y dicha interpretación se sujete a los preceptos de la ponderación (García, 2010, pp. 369 -405).

Notas

¹ Un modelo donde se alcanza el perfeccionamiento de la democracia, implica la intervención judicial, lo cual supone mejorar las condiciones de la democracia. Véase Sager (2007).

² Resulta relevante el amplio desarrollo que ha tenido el debate sobre la legitimidad del juez constitucional. De hecho, positivistas como iusnaturalistas refrendan al juez mediante la premisa de que la aplicación de la Constitución corresponde a una operación matemática o al silogismo jurídico que en nada necesita 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.

³ Es significativo cómo en el sistema norteamericano se complementan legislador y juez sin suscitar una rivalidad o una intromisión de uno o de otro. Se parte del principio de que el ideal democrático está presente en cada uno de los poderes públicos y así cada uno se compromete a respetarlo. Véase Breyer (2007, pp. 121-139).

⁴ Artículo 239: “[...] 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 [...]”.

⁵ Véase Fromont (2009, pp. 96-102).

⁶ Véase Legeais (2008, pp. 52-60.).

⁷ La designación de los 16 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. Véase Fromon (2009, pp.18-31).

⁸ Consagrada en el artículo III, sección 1 de la Constitución de los Estados Unidos. En verdad, la Constitución no exige ninguna calificación excepcional para ejercer la función de juez de la Corte Suprema, no obstante, el presidente por lo general escoge un candidato del partido que lo eligió. Ello no es garantía de que el juez dentro de sus decisiones siga esa filiación política, casos de los jueces Brennan o Warren que fueron seleccionados por el presidente Eisenhower y mantuvieron posiciones liberales que desvirtúan esa premisa. Véase Zoller (1998).

⁹ Artículo VI parágrafo 2: “Esta Constitución y 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 (2008, p. 86).

¹⁰ Véase Brewer (2008, pp. 109-113).

¹¹ Véase Zoller (2006, pp. 277-287)

¹² “*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 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. Decided May 21, 1917*. Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/244/205#writing-type-16-holmes>.

¹³ Véase Zoller (2006).

¹⁴ En este orden de ideas, la referencia a la Corte Europea de Derechos Humanos es un parámetro en materia de discrecionalidad del juez (Canivet, 2006, p. 22)

¹⁵ Véase Canivet (2006, p. 21.)

¹⁶ Véase Canivet (2006, pp. 28-29)

¹⁷ Véase también Mantilla (2009, pp. 537-597).

¹⁸ Michel Troper (1994) sostiene esta tesis teniendo claro que la separación de poderes sufre una verdadera evolución desde el siglo XVIII hasta nuestros días. Véase Troper, 1994, pp. 223-236.

¹⁹ Véase Ross (2007, p. 101).

²⁰ El hito jurisprudencial que afianza el precedente jurisprudencial en la sentencia C-586/1995, cuando 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 por eso tiene fuerza de ley. Así, se declara la inconstitucionalidad de una ley como violatoria del precedente.

²¹ Los jueces, en sus providencias, solo se someten al imperio de la ley.

²² “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial”. (Art 230, Constitución Política de Colombia de 1991).

²³ Sentencias T-486/1998 y C-386/2001.

²⁴ Véase Santofimio (2003, p. 175).

²⁵ “[...] 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 solo 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 adminis-

tración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y v) 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’” (Sentencia T-766/2008).

²⁶ 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 [...]” (Sentencia T-482 de 2012).

Referencias

- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Brage, J. (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson Constitucional.
- Brewer, A. (2008). *Reflexiones sobre la Revolución norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno* (2ª ed. Ampilada). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Breyer, S. (2007). *Pour une démocratie active*. Paris: Odile Jacob.
- Bulygin, E. (2005). En defensa del dorado, respuesta a Fernando Atria. En *Lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons; Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

- Canivet, G. (2006). Activisme judiciaire et prudence interprétative. *Archives de Philosophie du Droit*, 50, pp. 7-29.
- Carré, R. (1992). *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (Tomo 2). Paris: Sirey.
- Constitución Política. (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.
- Favoreu, L. (2000). *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho* (Trad. M. Correa Henao). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrerres, V. (2010). El Control Judicial de la Constitucionalidad de la Ley. En M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.) *El Cánón Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrerres, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Fromont, M. (2009). *Grands systèmes de droit étrangers* (6a ed.). Paris: Dalloz.
- García, J. (2010) “Neoconstitucionalismo, ponderación y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En *Neoconstitucionalismos* (4a ed.). Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2010). *Leçons de théorie constitutionnelle*. Paris: Dalloz.
- Hesse, K. (2011). En Pedro Cruz Villalón & Miguel Azpitarte Sánchez (Eds.) *Escritos de derecho constitucional*. España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Holmes, O. (1881). *The Common law*. Boston: Little brown and company.
- Irons, P. (2006). *Supreme Court*. New York: Penguin books.
- Legeais, R. (2008). *Grands systèmes de droit contemporains: Approche comparative*. Paris: Lexis Nexis SA.
- Mantilla, F. (2009). “Interpretar”: ¿Aplicar o crear derecho? Análisis desde la ‘perspectiva del derecho privado’. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33, pp. 537-597.
- Marbury vs Madison, 5 U.S. 137, U.S. Supreme Court, (1803) (Cranch) February.
- Navarro, P. (2005). Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial. En *Lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons; Ediciones jurídicas y Sociales S.A.
- Pozzolo, S. (2010). Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. En M. Carbonell & L. García (Eds.) *El Cánón Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- República de Francia. Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. (1789, agosto). Asamblea Nacional de Francia.
- República de Francia. Constitución Francesa. (1971, septiembre). Asamblea Nacional Constituyente.
- Ross, A. (2007). *Teoría de las fuentes del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rousseau, D. (1995). *Droit du contentieux constitutionnel* (4a ed.). Paris: Montchrestien.
- Sager, L. (2007) *Juez y Democracia*. Barcelona: Marcial Pons.

- Santofimio, J. (2003). *Tratado de derecho administrativo* (Tomo 1, 3a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia T-123 (1995, marzo 21). Acción de tutela. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional.
- Sentencia T-260 (1995, junio 20). Acción de tutela. M.P. José Hernández Galindo. Corte Constitucional.
- Sentencia C-586 (1995, diciembre 7). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Hernández Galindo. Corte Constitucional.
- Sentencia C-447 (1997, septiembre 18). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.
- Sentencia T-486 (1998, septiembre 10). Acción de tutela. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional.
- Sentencia SU-047 (1999 enero 29). Unificación de jurisprudencia. M.P. Carlos Gaviria Díaz; Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.
- Sentencia C-252 (2001, febrero 28). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.
- Sentencia T-569 (2001, mayo 31). Acción de tutela. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional.
- Sentencia C-836 (2001, agosto 9). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional.
- Sentencia SU-1300 (2001, diciembre 6). Unificación de jurisprudencia. M.P. Marco Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Sentencia T-1317 (2001, diciembre 7). Acción de tutela. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Corte Constitucional.
- Sentencia T-766 (2008, julio 31). Acción de tutela. M.P. Marco Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Sentencia T-443 (2010, junio 15). Acción de tutela. M.P. Humberto Sierro Porto. Corte Constitucional.
- Sentencia T-482 (2011, junio 13). Acción de tutela. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia T-762 (2011, octubre 7). Acción de Tutela. M.P. María Victoria Calle. Corte Constitucional.
- Sentencia T-482 (2012, junio 26). Acción de Tutela. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Southern Pacific Company, Plff. in Err., v. MARIE JENSEN. 244 U.S. 205, Supreme Court, (1917) May, (37 S.Ct. 524, 61 L.Ed. 1086), Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/244/205#writing-type-16-Holmes>.
- Troper, M. (1994). *Pour une théorie juridique de l'Etat*. Paris : PUF.
- Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho Dúctil* (8a ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2010). Realismo y concreción del control de constitucionalidad. El caso de Italia. En M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.) *El Cánón Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Zoller, E. (1998). La Cour Suprême des Etats Unis d'Amérique. *Les Cahiers du droit Constitutionnel*, 5, pp. 34-53.

Zoller, E. (2006). La cour suprême aux Etats
Unis entre création et destruction du droit.
Archives de Philosophie du Droit, 50, pp.
277-288.