



**LA SEGURIDAD JURÍDICA ANTE LA OBLIGATORIEDAD DEL
PRECEDENTE JUDICIAL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL DERECHO**

FERNANDO ARRÁZOLA JARAMILLO

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.34.2015.19>

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Público N.º 34
Enero - Junio de 2015. ISSN 1909-7778

La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho

Resumen

El presente artículo académico constituye el segundo documento del autor en el programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, y presenta algunas reflexiones en relación con el impacto que sobre la seguridad jurídica pueden tener tanto el precedente judicial como la constitucionalización del derecho. Para tales efectos, aborda los conceptos de precedente judicial y de jurisprudencia, así como el de su obligatoriedad según el sistema legal de que se trate. Asimismo, se ocupa del tema de la constitucionalización del derecho y de cómo pueden afectar la seguridad jurídica fenómenos como el activismo judicial y la sobreinterpretación constitucional, así como los riesgos que estos presentan.

Palabras clave: seguridad jurídica, precedente judicial, jurisprudencia, respeto por el precedente judicial, constitucionalización del derecho, activismo judicial, sobreinterpretación constitucional, riesgos.

Legal certainty in the face of legal precedent obligatoriness and constitutionalization

Abstract

The present paper constitutes the author's second document presented for his PhD in Law from the Pontificia Universidad Javeriana, and it presents some reflections regarding the impact that legal precedent and constitutionalization can have on legal certainty. For such purposes, it studies judicial precedent and jurisprudence, as well as its obligatoriness in a legal system. Also, it deals with constitutionalization and how legal certainty can be affected by judicial activism and constitutional over interpretation, as well as the risks inherent in them.

Keywords: Legal certainty, judicial precedent, jurisprudence, respect for judicial precedent, constitutionalization, judicial activism, constitutional over interpretation, risks.

A segurança jurídica ante a obrigatoriedade do precedente judicial e a constitucionalização do direito

Resumo

O presente artigo acadêmico constitui o segundo documento do autor no programa de Doutorado em Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Javeriana, e apresenta algumas reflexões sobre o impacto que a segurança jurídica pode ter tanto no precedente judicial quanto na constitucionalização do direito. Para tais efeitos, aborda os conceitos de precedente judicial e de jurisprudência, assim como o de sua obrigatoriedade segundo o sistema legal de que se trate. Assim mesmo, se ocupa do tema da constitucionalização do direito e de como os fenômenos de ativismo judicial e a interpretação constitucional podem afetar a segurança jurídica, assim como os riscos que estes apresentam.

Palavras-chave: segurança jurídica, precedente judicial, jurisprudência, respeito pelo precedente judicial, constitucionalização do direito, ativismo judicial, sobre interpretação constitucional, riscos.

La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho*

Fernando Arrázola Jaramillo**

SUMARIO

Introducción – I. EL PRECEDENTE JUDICIAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA – A. *Concepto de precedente judicial* – B. *Respeto por el precedente judicial* – C. *El respeto por el precedente no puede ser absoluto* – II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA – A. *Qué es la constitucionalización del derecho* – B. *El activismo judicial* – C. *La sobreinterpretación constitucional* – D. *Riesgos de la constitucionalización del derecho* – III. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Arrázola Jaramillo, F. (Junio, 2015). La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho Público*, 34. Universidad de los Andes (Colombia).

** Abogado de la Universidad de los Andes. Magíster en Educación del Centro de Investigación y Formación en Educación (CIFE) de la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Procesal y Director del Área de Derecho Procesal de la misma universidad. Correo: farrazol@uniandes.edu.co

Introducción

La seguridad jurídica no es un concepto del cual deban ocuparse solo los juristas; es un asunto que nos concierne a todos los asociados. El Estado moderno y la vida en sociedad que este hace posible, está organizada bajo el presupuesto de que tanto gobernantes como gobernados estamos sometidos al imperio del derecho, pues de otra manera no es posible la convivencia y la armonía social. La vida en sociedad, tal como se concibe en la actualidad, es impensable si los asociados no podemos confiar en el derecho para anticipar la conducta de nuestros conciudadanos y de las autoridades públicas. En otros términos, no es posible sin seguridad jurídica.

El concepto teórico de seguridad jurídica no despierta mayor controversia, pues parece existir cierto consenso entre los autores en cuanto a los elementos esenciales de esta. Villegas (1993), por ejemplo, nos entrega una visión particularmente acertada, la cual compartimos cabalmente, al aseverar que su esencia es:

La susceptibilidad de previsión objetiva por los particulares de sus propias situaciones jurídicas, de modo tal que puedan tener una precisa expectativa de sus derechos y deberes, de los beneficios que les serán otorgados o de las cargas que habrán de soportar. Así, la seguridad jurídica se expresa prácticamente en la previsibilidad de la actuación estatal (pág. 3).

Sin embargo, la dificultad puede presentarse en el momento de valorar su existencia o de verificar si ha sido vulnerada o no en un contexto particular. Es, precisamente, cuando se presen-

ta un ambiente de incertidumbre o de cambio de reglas que todos aparecen a reclamar respeto por la seguridad jurídica; más aún, cuando de tal situación se derivan repercusiones económicas. Como acertadamente lo dice López Medina, “una optimización de la apropiación de ganancias se correlaciona así con una optimización de la ‘seguridad jurídica’” (2006, pág. 15).

Las situaciones de incertidumbre en cuanto a las reglas afectan la seguridad jurídica y pueden guardar relación con el cambio progresivo de las fuentes del derecho. Hoy parece existir una pugna entre la judicatura y el legislativo por la apropiación de las fuentes del derecho. El Estado de derecho legal, surgido con la Revolución francesa, parece estar moribundo, especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando mostró su aterradora incapacidad de impedir la perpetración de toda clase de atrocidades y violaciones a los derechos humanos, los cuales fueron cometidos, en gran medida, respetando las normas legales vigentes. De esta manera, cuando los principios y valores constitucionales toman el lugar de la ley, el ser humano y su dignidad adquieren un papel preponderante dentro del ordenamiento, y este tipo de conductas jamás podrán considerarse ajustadas a derecho.

Las normas legales son actualmente interpretadas, cada vez en mayor medida, a la luz de los valores y principios constitucionales, los cuales han venido a ocupar el lugar que aquellas detentaban en el pasado. Algunos autores señalan ya a la Constitución como la nueva depositaria del pacto social de los pueblos. Ha llegado para conformar el Estado de derecho constitucional.

Como resultado del anterior fenómeno, también conocido bajo el nombre de constitucionalización del derecho o “neoconstitucionalismo”, la ley ha venido perdiendo importancia como fuente del derecho y las distintas problemáticas de las que se ocupa el ordenamiento jurídico se están interpretando, analizando y decidiendo de manera discrecional por parte de los jueces a la luz de su particular concepción de los valores y principios constitucionales, y solamente en la medida en que estos se vean materializados en el caso motivo de estudio, según su peculiar criterio. El juez, cada vez en mayor grado, ha dejado de ser el intérprete de la ley para convertirse en el creador del derecho.

El neoconstitucionalismo o constitucionalización del derecho, fuente indiscutida de tantos aspectos positivos para el ordenamiento, comporta también algunas amenazas para la seguridad jurídica. En la medida en que corresponde a la jurisdicción resolver los conflictos que surjan entre los particulares, o entre estos y el Estado, cada juez encargado de dirimir una cuestión problemática individual brindará su propia solución al caso, ya no necesariamente a la luz de las normas legales vigentes, sino fundado en su propia interpretación y aplicación de los principios y valores constitucionales, y aun a pesar del precedente judicial, situación que puede ser fuente importante de inseguridad jurídica.

En este escenario, la seguridad jurídica parece estar ligada, de manera importante, al respeto que el operador judicial otorgue al precedente judicial. Sin embargo, como la constitucionalización ha permeado en mayor o menor grado

la mayoría de los ordenamientos, y como estos han venido reconociendo en la Constitución una fuente cada vez más importante para la aplicación directa del derecho, puede llegar a establecerse cierta tolerancia hacia el irrespeto al precedente judicial en aras de la vigencia de los principios y valores constitucionales, lo cual tiene como resultado, por supuesto, inseguridad jurídica.

El presente artículo académico abordará la problemática anteriormente señalada, pero lo hará solamente en relación con dos de los elementos que hemos podido identificar en nuestra investigación como amenazas significativas para la seguridad jurídica: el respeto por el precedente judicial y la constitucionalización del derecho.

I. EL PRECEDENTE JUDICIAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Uno de los más importantes elementos de la seguridad jurídica consiste en lograr predecir cuál será la actuación de los organismos del Estado en ejercicio del poder público. La actuación que se busca anticipar puede corresponder a una cualquiera de las ramas en que este se encuentra dividido, sea esta la Ejecutiva, la Legislativa o la Judicial, todas ellas en ejercicio de las funciones que constitucional y legalmente les corresponden.

El asunto del precedente judicial concierne, naturalmente, a la Rama Judicial del poder público, la cual tiene la sagrada misión de resolver los conflictos de diversa índole que se presentan

entre los asociados, o entre estos y el Estado. De esta manera, para poder predecir el sentido de dichas decisiones, el ciudadano cuenta, fundamentalmente, con dos herramientas que le permiten aproximarse al posible sentido del pronunciamiento: el texto de las normas escritas, por una parte, y la interpretación que los jueces han hecho de estas, es decir, la jurisprudencia y el precedente judicial, por la otra.

A. Concepto de precedente judicial

El precedente judicial es una institución jurídica originaria de los países cuyo ordenamiento jurídico pertenece a la tradición del *common law*. Mac Cormick y Summers (1997) tratan a fondo el tema y nos brindan una aproximación elemental a este cuando afirman simplemente que “los precedentes son decisiones anteriores que sirven como modelos para decisiones posteriores. Aplicar las lecciones del pasado para resolver los problemas del presente y del futuro es una parte básica de la razón práctica del hombre” (pág. 1).

La anterior definición de precedente, si bien es de una claridad indiscutible, no resulta suficiente para entender a cabalidad el concepto ni diferenciarlo nítidamente de la jurisprudencia, pues tanto esta como aquel tienen su origen en las decisiones judiciales. Landes y Posner (1976) ahondan un poco más en el tema del precedente y nos explican el proceso a través del cual este toma vida:

Las reglas generadas durante un proceso de decisión se distinguen por ser implícitas en

lugar de explícitas. La regla contenida en una sola decisión no está explicitada como tal, o en absoluto, como una regla; más bien, consiste en la postura de la corte, esto es, la regla mínima (esté o no expresamente articulada) necesaria para explicar el resultado del caso. La regla creada por una sola decisión tendrá un alcance muy reducido; una regla más amplia generalmente requerirá de una serie de decisiones judiciales —una cadena de fallos— pues solamente es a través de una serie de decisiones, cada una determinando la relevancia jurídica de una serie de hechos ligeramente diferentes, que puede inferirse una regla aplicable a una situación suficientemente común o general como para que pueda repetirse (págs. 249-250).

No obstante lo anterior, no resulta posible afirmar que toda decisión judicial constituya un precedente, pues en numerosas ocasiones los jueces resuelven asuntos sometidos a su consideración en favor de una cualquiera de las partes del proceso, sin que tal providencia deba o pueda ser considerada como un precedente judicial. Surge la pregunta, entonces, de cuándo puede hablarse de la existencia de un precedente y cuándo se está en presencia de una simple decisión judicial sin los alcances normativos de aquel.

En la misma línea argumentativa de Landes y Posner (1976), es posible hablar de la existencia de un precedente solamente cuando de la decisión judicial puede extraerse una regla, un parámetro o un principio que pueda servir de guía o de criterio para resolver problemas similares en el futuro. Como acertadamente lo afirma Hanna (1957) “donde una corte toma una decisión que

contiene en sí misma un principio, está creando un precedente judicial” (pág. 370). Así, del proceso interpretativo que hacen los jueces a través del tiempo de las normas legales o constitucionales, puede derivarse una regla o un criterio fundamental que debe ser tenido en cuenta a futuro por los demás jueces al resolver asuntos similares. Los demás fallos judiciales, es decir aquellos que solamente sirven como referencia en cuanto al sentido en el que deben entenderse las normas pero no tienen carácter obligatorio, simplemente integran la jurisprudencia.

Es bien conocido que el derecho anglosajón o *common law* es elaborado por los jueces a través del precedente, y de esta manera se asegura justicia para todos a través de la aplicación del principio de que casos similares deben solucionarse de manera similar (...). En contraste, los sistemas legales de derecho romano o civil limitan estrictamente el rol de los jueces a interpretar el texto de la ley (Elliott, 2004, pág. 199).

El precedente tiene un carácter normativo en los ordenamientos del *common law*, lo que no sucede con la jurisprudencia en los ordenamientos de derecho civil, aunque este criterio diferenciador parece cada vez menos relevante, como se verá posteriormente en este escrito.

Resulta claro, entonces, que los términos jurisprudencia y precedente judicial no son equiparables, y por tal motivo bien vale la pena hacer una mayor distinción entre ellos, pues de sus elementos diferenciadores los tratadistas mencionan principalmente el tipo de ordenamiento en el cual subsisten y la fuerza normativa que

tienen dentro de este. Al respecto, Yepes Arcila, en el prólogo a la obra de Tamayo y Jaramillo (2012) aclara que:

El precedente propiamente tal es un procedimiento de producción normativa, mientras que la jurisprudencia lo es de aplicación del acervo legislado preexistente. La naturaleza primaria del precedente lo constituye en fuente de prescripciones en un sistema que carece de ellas, mientras que la jurisprudencia no es otra cosa que el resultado de la interpretación que la autoridad judicial hace de las normas establecidas por un legislador distinto de ella misma. Dicho de otra manera: la creación propiamente tal es objetivo directo e inmediato del precedente, mientras que la jurisprudencia es un efecto residual, un subproducto, del proceso gradual de generación – aplicación de normas cada vez menos generales, a partir de la más abstracta de todas hasta aquella a la que conviene en propiedad el nombre de ‘*norma singular*’ en que consiste la sentencia, según la irremplazable concepción de Kelsen y Merkl (págs. XIV-XV).

Otros autores, como MacCormick y Summers (1997), restan ya importancia a esta distinción, pues consideran que el precedente judicial cuenta cada vez más en los ordenamientos legales de derecho civil y es un hecho la tendencia a que estos sistemas converjan con los del *common law*.

Aclarado el concepto del precedente judicial y establecida su diferencia con la jurisprudencia, solamente resta mencionar que efectivamente parece asistir la razón a MacCormick y Summers (1997), pues en los sistemas legales de

derecho civil aparece una tendencia a dar cada vez mayor fuerza normativa al precedente, entre otras razones como consecuencia del fenómeno de la constitucionalización del derecho.

B. Respeto por el precedente judicial

El respeto por el precedente judicial resulta relevante en un Estado de derecho, pues proporciona estabilidad y continuidad a su ordenamiento jurídico. Todos los sistemas legales se ocupan del tema en una u otra forma, aunque bajo diferentes perspectivas, pero en la medida en que las normas deben ser interpretadas y aplicadas a una multiplicidad de casos individuales que pueden replicarse de manera similar en un futuro, resulta fundamental tomar una postura en cuanto a la orientación que deberán tener las decisiones. Donde existe la misma razón de hecho debe existir la misma disposición de derecho, reza un viejo principio de interpretación de la ley. Es precisamente por esta razón que existe una expresión que hace alusión al deber de los jueces de respetar el precedente judicial, de estarse a lo ya decidido por otros jueces con anterioridad: “*Stare decisis* o, en su forma completa, *stare decisis et non quieta moveré*” (Hanna, 1957, pág. 367), generalmente interpretada por el autor como: ‘atenerse a (o adherir a) decisiones y no molestar lo que está acordado’.

Sin embargo, los diferentes sistemas jurídicos difieren en cuanto al tema del respeto por el precedente, especialmente “en la pregunta del cómo, y hasta qué punto, requieren o esperan que los jueces y los demás observen los precedentes como modelos imperativos para la deci-

sión” (MacCormick y Summers, 1997, pág. 2). Parece acertado afirmar que aquellos ordenamientos pertenecientes al *common law* generalmente profesan un mayor respeto por este en contraposición a los de derecho civil, aunque trátase de uno o de otro sistema legal, el asunto del respeto por el precedente siempre estará presente como tema fundamental. Resulta tan relevante para un ordenamiento este aspecto que MacCormick y Summers (1997) se atreven a sentenciar categóricamente que “no hay una mejor manera para un abogado de llegar al corazón de un sistema legal que preguntar cómo maneja el precedente” (pág. 1).

¿Cuál podría ser, entonces, la importancia del respeto al precedente judicial para que los diferentes ordenamientos jurídicos le presten tanta atención? Aunque indudablemente esta pregunta puede tener diversas respuestas, una de ellas ciertamente guarda relación estrecha con la seguridad jurídica y los elementos que con ella se asocian. Sin respeto por el precedente no resulta posible predecir el sentido de las decisiones judiciales, tener certeza sobre el alcance de la ley, actuar conforme a derecho, anticipar la conducta ajena, predecir la actuación de las autoridades públicas o establecer límites del poder estatal. En suma, sin respeto por el precedente no hay seguridad jurídica.

Marinoni (2012) explica con inigualable claridad la importancia del respeto al precedente en cuanto concierne a la seguridad jurídica, pues afirma que:

La verdad es que el pleno conocimiento del derecho legislado no solo es imposible, pero

igualmente, dispensable, para la previsibilidad y para la tutela de la seguridad. Subráyese que el *common law*, que ciertamente confiere más seguridad jurídica que el *civil law*, no relaciona la previsibilidad con el conocimiento de las leyes, pero sí con la previsibilidad de las decisiones del Poder Judicial (pág. 253).

Sin embargo, aunque Marinoni (2012) reconoce como inevitable la diversa interpretación de las normas legales por parte de los jueces, señala con acertado criterio que:

La interpretación, al tender a un único significado, se aproxima al ideal de la previsibilidad. Eso no quiere decir que la eliminación de la duda interpretativa es factible, pero que (sic) sí que se pueden y deben minimizar, en la medida de lo posible, las divergencias interpretativas acerca de las normas, colaborándose, de tal suerte, para la protección de la previsibilidad, indispensable al encuentro de la seguridad jurídica (pág. 254).

Hanna (1957) comparte esta concepción del precedente y también la asocia directamente con la seguridad jurídica, pues considera que “el respeto al precedente suele asociarse con la seguridad jurídica, es más, resulta vital para la misma” (pág. 377). Así, bien parece que solo puede predicarse la existencia de la seguridad jurídica cuando se parte de un supuesto de respeto mínimo al precedente judicial.

No obstante lo anteriormente señalado, es preciso dejar sentado que el precedente judicial bajo circunstancia alguna puede considerarse inmodificable, y fatalmente llegará el momento en el que un juez se enfrente a la necesidad de

apartarse de este. El necesario dinamismo del derecho y las cambiantes realidades sobre las cuales este se aplica, hacen inevitable que surja una situación en la que un funcionario judicial considere que los principios o reglas inmersas en el precedente no son aplicables al momento de resolver un conflicto particular; o simplemente, el funcionario judicial considera que se ha cometido un error y que ya el precedente carece por completo de justificación a la luz de los principios y normas del derecho, o de las cambiantes realidades. Es una situación compleja aunque inevitable, e indudablemente alberga un gran potencial de cambio dentro del ordenamiento.

Stephen Markman, juez de la Suprema Corte de Michigan y acérrimo crítico del activismo judicial, hace algunas consideraciones que deberían ser tomadas en cuenta por parte de los jueces al momento de apartarse del precedente, entre las cuales destaco por su importancia las tres primeras de ellas:

Primero, está la veneración del precedente. Aparte del hecho de que entre más venerable un precedente y más generaciones de jueces hayan afirmado ese precedente, es más probable que el mismo sea correcto; con el tiempo cualquier planteamiento con respecto a la ley quedará inserto en el tejido de la ley y su revocatoria generará más alteración. Aun cuando precedentes respetables jamás pueden considerarse inmunes a reconsideración, la duración de una decisión judicial debe recordar a un juez de obrar modestamente ante la ley. Segundo, está la naturaleza del error percibido. ¿El error incluye una interpretación con res-

pecto a la cual jueces razonables pueden no estar de acuerdo? ¿El error incluye algo que el próximo juez pueda considerar como cercano al límite? ¿El error incluye la aplicación de conceptos generales como razonabilidad, justicia o debido proceso, de manera muy general o especial? (...) Tercero, debe haber consideración por la confianza y los intereses de la gente, quienes han tomado sus decisiones personales y de negocios bajo los parámetros del sistema legal (Markman, 2003-2004, pág. 284).

Todas las anteriores consideraciones que pone de presente Markman (2003-2004) son por entero relevantes, aunque el punto tercero parece ser de especial importancia para nosotros, pues hace directa referencia a un elemento central de la seguridad jurídica como es la confianza en el ordenamiento, su previsibilidad y estabilidad. Los actos en los que interviene la voluntad del hombre y de los cuales se ocupa el derecho, también conocidos como actos jurídicos, requieren de seguridad jurídica para su planeación, celebración y ejecución. Esa confianza que ha depositado el ciudadano en las instituciones debe ser respetada por parte de las autoridades públicas, especialmente por los jueces, pues ellos tienen la sagrada misión de pronunciar la última palabra en cuanto al alcance de las normas en la resolución de un conflicto particular.

C. El respeto por el precedente no puede ser absoluto

Como ya se ha mencionado en este texto, la seguridad jurídica tiene como uno de sus elementos centrales la estabilidad del derecho, pues sin ella no puede hablarse de reglas cla-

ras, y sin estas, tampoco pueden los asociados proyectarse en sus actividades cotidianas, por cuanto se torna incierto lo que puede esperarse tanto de las autoridades públicas como de los particulares.

Sin embargo, advertimos una tendencia, o tal vez una costumbre, en virtud de la cual asociamos la estabilidad jurídica con la permanencia en el tiempo de las normas escritas, del derecho legislado. Es probable que se trate solamente de una herencia del moribundo Estado de derecho liberal bajo el cual nos formamos, pues en este era el legislador la fuente por excelencia de la que emanaba el derecho. Como se repetirá una y otra vez en este escrito, el Estado de derecho constitucional ha llegado para cambiar dicho estado de cosas y ahora también son los jueces quienes, en mayor o menor medida, constituyen fuente creadora del derecho.

La pregunta que surge, entonces, consiste en si es el respeto por el precedente judicial lo que resulta indispensable, o si más bien lo fundamental es la permanencia en el tiempo del derecho legislado, para efectos de la estabilidad y predictibilidad de las que se nutre la seguridad jurídica. Markman (2003-2004) sostiene enfáticamente que “es la ley la que debe aplicarse de manera consistente, y la tensión surge de esta simple afirmación (...) es la ley la que los jueces han jurado cumplir, no el brillo que le ha puesto a la misma un predecesor” (pág. 283). Marinoni (2012), por el contrario, considera que lo importante no es la norma legal sino las interpretaciones que los jueces hacen de ella, pues cuando existe una crisis de colaboración

en la realización del derecho material y los textos normativos encuentran diversas interpretaciones en el Poder Judicial, lo que obviamente importa son las decisiones judiciales, momento en el que la dimensión normativa de los textos encuentra expresión y no el texto normativo abstractamente considerado. Ahora, si la previsibilidad no depende de la norma en la que la acción se funda, pero sí de su interpretación judicial, es evidente que la seguridad jurídica está ligada a la decisión judicial y no a la norma jurídica en abstracto (pág. 253).

Ambos autores, sin embargo, reconocen la importancia que reviste la estabilidad del derecho, ya sea del derecho legislado o del precedente judicial, para la materialización de la seguridad jurídica.

No obstante lo anteriormente señalado, resulta entendible y también necesario que los jueces no asuman el rol de simples voceros del precedente judicial establecido por sus antecesores, generando una nociva petrificación del derecho que flaco servicio le presta al ordenamiento. Como ya se mencionó, el derecho es por naturaleza dinámico y en manera alguna puede aspirarse a que el precedente judicial permanezca indefinidamente en el tiempo. Así, en algún momento llegará la oportunidad o la necesidad de reevaluar el precedente, y esta circunstancia puede ocasionar serios conflictos al interior del referido ordenamiento. Markman (2003-2004) clarifica este punto cuando señala que el respeto por el precedente es necesario para el Estado de Derecho, pero también es necesario que los malos principios no sean permanentemente

embalsamados en esa ley. Estas necesidades están siempre en tensión la una con la otra, y su solución será siempre imperfecta, pues implica decidir entre dos males (pág. 283).

Por otro lado, cabe preguntarse: ¿qué opciones tendría el juez enfrentado a un precedente judicial de cierta tradición?, ¿cuál sería, entonces, una alternativa al *stare decisis*? Hanna (1957) nos propone dos de ellas, ambas con resultados que nos parecen perniciosos: “(1) Absoluta discreción por parte de la corte para decidir cada caso sin hacer referencia a precedente alguno; o (2) Completa codificación de nuestra ley, con la exigencia de que cada corte busque en el código el fundamento de la decisión” (pág. 368). La discreción absoluta para decidir sin consideración del precedente no constituye un aporte a la seguridad jurídica; muy por el contrario, parece atentar abiertamente contra esta, pues resultaría impredecible la actuación de los funcionarios judiciales y su interpretación de las normas jurídicas. Por otro lado, la completa codificación de la ley tampoco se vislumbra como una solución amigable para la seguridad jurídica, en la medida en que ninguna norma legal, por naturaleza general y abstracta, tiene la capacidad de abarcar todas y cada una de las hipótesis que pueden darse en la realidad como para que al juez le resulte suficiente hacer referencia a la disposición escrita en todo momento y circunstancia. Cierta margen de interpretación indudablemente resulta necesario. Además, es preciso recordar que el nuevo Estado de derecho constitucional se contrapone abiertamente con una codificación o reglamentación total a cargo de la ley o de la Constitución, pues despoja al juez

de su capacidad interpretativa de los valores y principios constitucionales en los cuales debe fundar sus decisiones.

Finalmente, es importante hacer una diferenciación entre un ordenamiento en el que el precedente judicial es generalmente respetado pero que, llegado el momento, resulta posible apartarse de él con razones justificadas, y uno en el cual los jueces no se encuentran atados por el precedente judicial y pueden decidir libremente según su particular interpretación de las normas. El primero no constituye una amenaza para la seguridad jurídica, pues el derecho aún gozaría de gran estabilidad y predictibilidad, requisitos indispensables para la existencia de aquella; y el segundo, ciertamente puede resultar una amenaza para dicha seguridad, en la medida en que no sería posible anticipar o prever en qué sentido será la interpretación de la ley en un caso particular, incertidumbre que es contraria a cualquier tipo de estabilidad en el ordenamiento jurídico.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Como ya se mencionó en este escrito, la seguridad jurídica requiere, entre otros elementos, de la estabilidad del derecho y de la predictibilidad de las decisiones de las autoridades, especialmente de los jueces. Sin embargo, en los últimos años ha venido consolidándose un fenómeno que, no obstante sus indudables virtudes en cuanto a la materialización de los principios y valores constitucionales, parece dispo-

ner también de la capacidad para amenazar los referidos elementos de la seguridad jurídica. Se trata de la constitucionalización del derecho o neoconstitucionalismo.

El origen de este es difícil de determinar con precisión, aunque algunos autores lo sitúan en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cuando el mundo comprobó horrorizado cómo las atrocidades cometidas durante el referido conflicto se llevaron a cabo con sujeción a las normas legales entonces vigentes:

Recordemos que el Estado de Derecho Legal fue generado en la revolución francesa, pero desde ahí logra proyectarse al resto de Europa continental y también exportarse para las tierras latinoamericanas. Se trata de un modelo exitoso que impera casi pacíficamente desde comienzos del XIX hasta la segunda guerra mundial, pero que comienza su crisis y sustitución —especialmente en la práctica jurídica— después de los tribunales de Núremberg (Vigo, 2012, pág. 23).

Spann (2004-2005), por su parte, lo atribuye al triunfo de la doctrina realista sobre el formalismo conceptual imperante durante el siglo XIX, pues en tal época se pensaba que “los principios legales eran ‘descubiertos’ y refinados a través de un proceso de fallos sucesivos que ponían a prueba una y otra vez las observaciones judiciales con respecto al contenido de la ley de una manera que se pareciera al método científico” (pág. 712). Por otro lado, y comenzando a partir del año 1910, los realistas legales demostraron que las ambigüedades inherentes a la doctrina legal eran tan generalizadas que

no era dable esperar que las Cortes pudieran resolver dichas ambigüedades sin apoyar finalmente sus decisiones en el ejercicio de una discrecionalidad judicial. Los realistas eran escépticos acerca del valor de los principios y valores legales para poder predecir los resultados de las decisiones judiciales, y desconfiaban de las supuestas verdades universales en el contexto de la ley (Spann, 2004-2005, págs. 712-713).

Castráin Calderón (2002), por su parte, nos explica los distintos factores que, a su juicio, contribuyeron al origen y difusión del fenómeno y cómo este se ha ido difundiendo en los demás sistemas legales, destacando entre ellos una reacción al excesivo formalismo positivista, pues el neoconstitucionalismo:

Fue primeramente desarrollado por la jurisprudencia, en los países cuya cultura jurídica otorgaba preponderancia a los principios, cláusulas generales, costumbres y valores supremos, finales y cohesionantes del proyecto nacional, plasmados en el preámbulo o articulados en la Carta Fundamental respectiva. Después, dicho ejemplo de magistratura fue difundido a otras culturas. En éstas, el despliegue del constitucionalismo ha sido hecho hallando la riqueza de antiguos principios y normas, a veces redescubriendo esa potencialidad, apagada por el positivismo liberalista que se consolidó a finales del siglo XIX o, por último, a raíz de la dolorosa experiencia padecida tras violentas interrupciones institucionales. En otros pueblos, la constitucionalización del Derecho se produce, mayormente, por la incorporación en las distintas constituciones de un catálogo más detallado de derechos fundamentales paralelo a la creación de tribunales constitucionales,

el restablecimiento de ellos, la ratificación de diversos acuerdos internacionales sobre derechos humanos, la incorporación de distintas acciones y recursos especiales para proteger dichos derechos, en fin, un reconocimiento legítimo y pleno de los derechos de la persona humana como fin último del Estado y, en consecuencia, un fortalecimiento del poder judicial a través de la justicia constitucional. Por tanto, la constitucionalización que nos ocupa plantea un sistema de controles recíprocos, el cual precisa de un poder judicial gigante que controle a otros dos poderes tradicionalmente gigantes: legislativo y ejecutivo (pág. 2).

Cualquiera que sea, entonces, el origen del neoconstitucionalismo, este parece ser un fenómeno del siglo XX.

En las próximas líneas intentaremos acercarnos al concepto de la constitucionalización del derecho, así como también a dos de sus elementos centrales que pueden representar serias amenazas para la seguridad jurídica: el activismo judicial y la sobreinterpretación constitucional. Posteriormente, trataremos el tema de los riesgos que presenta la constitucionalización de un ordenamiento.

A. Qué es la constitucionalización del derecho

El concepto de neoconstitucionalismo o constitucionalización del derecho no resulta particularmente sencillo de precisar, por cuanto un ordenamiento cualquiera puede encontrarse en diferentes grados o niveles de constitucionalización, y distintos observadores podrían ubicarlo

en extremos opuestos en cuanto al nivel en que este se encuentra.

Dejemos de una vez sentado que la constitucionalización de un ordenamiento no hace referencia al hecho de que la Carta Fundamental tenga primacía sobre las demás normas, sino al tipo de Constitución que existe y a cómo se la interpreta. Dicho de otra manera, es posible afirmar que si la Constitución es de aquellas que tan solo fija unos límites fundamentales a la actuación del Estado y establece un catálogo de derechos sin contenido normativo preciso, difícilmente podrá hablarse de un ordenamiento constitucionalizado. En cambio, si la Constitución es de aquellas impregnadas de valores y fines esenciales que debe alcanzar el Estado, la Carta Fundamental terminará imponiéndose en el actuar de los funcionarios estatales, en especial de los jueces, dando como resultado un ordenamiento constitucionalizado. Carbonell y Sánchez Gil (2003) lo explican de esta manera:

La diferencia entre un ordenamiento “constitucionalizado” y otro que no lo está consiste en que en el último la Constitución, si tuviera algún carácter normativo, está limitada a ser un mero catálogo de restricciones a la actuación estatal, funge como un “orden marco” que sólo es operativo al transgredirse claramente los límites prohibitivos que descriptivamente establece; y en el primero, en cambio, resulta ser un “orden fundamental” que impone realizar determinadas acciones y ya no sólo abstenciones al Estado y aun a las personas privadas. Así, la “constitucionalización” no puede explicarse por la sola supremacía jurídica de la Ley Fundamental, sino también procede de otros factores (pág. 34).

Según el tratadista italiano Riccardo Guastini, citado por Carbonell y Sánchez Gil (2003), podemos entender que un ordenamiento jurídico se encuentra constitucionalizado cuando este ha sufrido una transformación al término de la cual “resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”, porque la Ley Fundamental resulta “extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales” (pág. 34).

Spann (2004-2005), por su parte, percibe una motivación predominantemente política en el proceso de constitucionalización, pues observa dicho fenómeno como una manera que emplean las Cortes para imponer las preferencias políticas de sus mayorías a través del derecho constitucional, para lo cual tienen que recurrir a interpretaciones cada vez más difíciles de justificar a la luz de lo que es razonable:

La línea entre la interpretación constitucional permisible (que es informada por valores culturales prevalecientes) y pronunciamiento constitucional impermisible (que es simplemente un conducto para las preferencias políticas prevalecientes) puede ser difícil de discernir. (...) Lo que hace la Corte cuando viste sus preferencias políticas con el traje del derecho constitucional, puede describirse como el proceso de constitucionalización (pág. 712).

Diferentes son los ambientes en los que la constitucionalización ha germinado, pues no se requiere de un tipo particular de ordenamiento para que el fenómeno allí florezca. Hirschl (2000) sostiene que:

En algunos países la constitucionalización fue parte de una transición dual hacia la democracia y la economía de mercado (ej. países del bloque oriental). En otros países, la constitucionalización de derechos y la expansión del poder judicial fueron subproductos de una transición hacia la democracia. En muchos otros países, cambios fundamentales en regímenes políticos o económicos no han acompañado u ocasionado la constitucionalización de derechos. La mayoría, si no todas, las revoluciones constitucionales de los últimos dos tipos, han tenido lugar en sociedades profundamente divididas por conflictos políticos, económicos o étnicos (pág. 74).

Guastini (2003) no desconoce que el proceso de constitucionalización contenga un elemento político, pero no lo erige como uno de sus elementos centrales. Dicho autor, que se ha empeñado como pocos en el estudio de este fenómeno, identifica siete condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para que se entienda “impregnado por las normas constitucionales”, o en otras palabras, constitucionalizado. De esas siete condiciones, hay dos que resultan esenciales, es decir, son aquellas sin las cuales no podría calificarse como tal a un ordenamiento; las cinco restantes simplemente contribuyen a determinar hasta qué grado ha llegado dicho proceso de constitucionalización. Son estos principios o elementos:

1.- Rigidez de la Constitución. Según Guastini (2003), este es uno de los elementos esenciales de la constitucionalización de un ordenamiento, y supone, en primer lugar, que la Constitución sea escrita, y en segundo lugar, que las normas

constitucionales no puedan ser “derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del proceso de formación de las leyes)” (pág. 50). También anota, con acertado criterio, que la constitucionalización de un ordenamiento es más acentuada cuando “existen principios constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. El conjunto de los principios <<inmutables>> es lo que algunos llaman la <<Constitución Material>>” (pág. 51).

2.- La garantía jurisdiccional de la Constitución. Es esta la segunda de las condiciones esenciales para la constitucionalización de un ordenamiento, según Guastini (2003), y consiste en la necesidad de contar con un mecanismo de “control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución” (pág. 51), el cual, en la mayoría de los ordenamientos, está asignado a un órgano jurisdiccional o semijurisdiccional.

Carbonell y Sánchez Gil (2003) comparten integralmente con Guastini el carácter imprescindible de los dos primeros elementos para considerar constitucionalizado un ordenamiento, pues la rigidez y la garantía jurisdiccional de la Constitución son... los primeros elementos que contribuyen a este fenómeno. Para que su contenido pueda permear al resto del ordenamiento, es preciso que la Constitución no pueda alterarse por medios ordinarios; y para asegurar la objetividad de su significado y su aplicación, se requieren los elementos institucionales y proce-

dimentales que caracterizan al diseño y el ejercicio del Poder Judicial, de los que carecen los órganos netamente políticos (pág. 34).

3.- La fuerza vinculante de la Constitución: consiste este principio en “la idea de que toda norma constitucional —independientemente de su estructura o de su contenido normativo— es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos” (Guastini, 2003, pág. 53).

4.- La sobreinterpretación de la Constitución. Guastini (2003) sostiene que la Constitución, como texto que es, no puede regular todos y cada uno de los aspectos sociales y políticos de una sociedad, de manera tal que si esta se interpreta literalmente habrá muchos aspectos no reglados por ella, lo que a su vez dará amplia libertad al legislador para normar aspectos que no lo fueron por la Constitución. Sin embargo, para Guastini (2003), si de la Constitución se hace una interpretación extensiva o sobreinterpretación, pueden extraerse “muchas normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social o política” (pág. 54) de manera que no existirá “ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional” (pág. 54).

5.- La aplicación directa de las normas constitucionales. Según Guastini (2003), “en la concepción liberal clásica la función de la Constitución es limitar el poder político (estatal)” (p. 160). De acuerdo con esta concepción, “las normas constitucionales regulan la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos”

(pág. 55) por lo cual, “las normas constitucionales no son susceptibles de aplicación directa (...) por parte de los jueces en las controversias que oponga un ciudadano, no frente al Estado, sino frente a otro ciudadano” (pág. 55). En un ordenamiento constitucionalizado, “las normas constitucionales —sobre todo los principios generales y las normas programáticas— pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia” (pág. 55).

6.- La interpretación conforme de las leyes: ninguna norma legal tiene significado antes de su interpretación. De esta manera, aunque una disposición legal pueda interpretarse de diversas maneras, debe siempre prevalecer aquella en la que aparezca conforme a la Constitución (Guastini, 2003, págs. 56-57).

7.- La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas: se presenta en ciertas circunstancias, como por ejemplo cuando la Constitución le otorga al Tribunal Constitucional la función de dirimir conflictos de competencia entre los otros poderes del Estado; cuando el Tribunal Constitucional no toma una política de *self restraint* y de respeto frente a la discrecionalidad política del legislador y pretende controlar dicha discrecionalidad, con criterios como la ponderación, la razonabilidad o la igualdad; y cuando las normas constitucionales son invocadas por los otros órganos del poder para justificar sus acciones y decisiones (Guastini, 2003, págs. 57-58).

No resulta particularmente complejo advertir, una vez revisados los elementos que según

Guastini (2003) requiere un ordenamiento para considerarse constitucionalizado, cuán difundido se encuentra el fenómeno que estamos abordando en este aparte. En el caso de Colombia, al menos, parece que los elementos esenciales de la constitucionalización se encuentran presentes, sin tomar en cuenta que varios de los restantes también podrían considerarse plasmados y vigentes en nuestro ordenamiento. Habrá discrepancia, sin lugar a dudas, en cuanto al tema de qué tan difundido o arraigado pueda encontrarse en nuestro medio el neoconstitucionalismo. Sin embargo, el caso colombiano no es objeto de estudio en este artículo académico.

Es propósito del presente escrito es abordar el estudio de algunos elementos que acompañan la constitucionalización del ordenamiento, los cuales albergan, adicionalmente, un gran potencial para generar conflictos al interior de un Estado de derecho que se soporte en la división y el equilibrio de poderes. Son muchas las bondades que pueden atribuirse a un ordenamiento constitucionalizado, entre ellas el dinamismo y rápida evolución que presenta el derecho, la prevalencia y vigencia permanente de los valores y principios constitucionales, así como un más efectivo control a los desbordantes poderes del Ejecutivo y del Legislativo. Sin embargo, debe también reconocerse que son varios y complejos los problemas que introduce en el mismo ordenamiento, dos de ellos relacionados en mayor o menor medida con la seguridad jurídica: el activismo judicial y la sobreinterpretación constitucional.

B. El activismo judicial

El término “activismo judicial” parece tener cierta connotación peyorativa, pues cuando se habla de activismo por parte de los jueces, el ciudadano lo que entiende por este es la intromisión indebida de los funcionarios judiciales en asuntos de política estatal que en principio no les corresponden. Sin embargo, el asunto es hartó más complejo de lo que parece y, por ende, requiere de algunas precisiones conceptuales fundamentales.

La primera precisión hace referencia, naturalmente, a qué debe entenderse por activismo judicial, expresión que raramente es objeto de una definición conceptual. Elliott (2004), quien es un duro crítico del activismo de los jueces, considera que el término usualmente busca afirmar que “activistas judiciales, que no han sido elegidos, presentan una amenaza para la democracia al hacer en lugar de interpretar la ley” (pág. 199). Algunas veces, agrega el mismo autor, el término activismo judicial se utiliza para significar el hecho de que “jueces no electos están actuando motivados por razones de política partidista” (pág. 201).

Young (2002), por su parte, igualmente le atribuye un tinte netamente político al activismo judicial, aunque en su parecer abarca un espectro aún más amplio:

Podemos definir ‘activismo’ en un sinnúmero de maneras diferentes enfocándonos en la voluntad de una Corte de tumbar leyes, de alejarse de la autoridad del texto, historia y/o precedente,

para anunciar reglas o decidir asuntos no propiamente ante la Corte, o para imponer órdenes intrusivas a actores políticos... 'Activismo' es una categoría útil en la medida en que enfoca su atención en el rol institucional de la judicatura en lugar de hacerlo en los méritos que tengan algunas decisiones en particular (p. 1141).

De acuerdo con Young (2002), el activismo judicial tiene muchas caras, entre las cuales destaca las seis siguientes:

1.- El control de constitucionalidad de las normas expedidas por las otras ramas del poder; (pág. 1145)

2.- Apartarse del texto legal y/o sus antecedentes. Se refiere a una interpretación que va más allá del texto y de los antecedentes de la norma constitucional; (pág. 1147)

3.- Apartarse del precedente judicial. El autor afirma que el poder para descartar el precedente sugiere la existencia de una "discreción legislativa" por parte de los jueces, pues los legisladores carecen naturalmente de la potestad de comprometer a sus sucesores; (pág. 1150)

4.- Proferir decisiones con alcance más amplio en lugar de más restringido. El ámbito de aplicación de las decisiones judiciales es mayor, en la medida en que se deciden asuntos que ni siquiera figuran en el caso en consideración, crean principios más generales de lo que el caso requiere, solucionan asuntos para los cuales la sociedad no está aún lista, o fijan reglas generales que habrán de servir para decidir futuros casos similares; (pág. 1152)

5.- Ejercitar amplios poderes remediales. Young llama esta característica un "activismo remedial", en virtud del cual se presenta un intervencionismo en el manejo de las entidades estatales para procurar que su actuación se adecúe a las normas constitucionales, ordenar el gasto de elevadas sumas de dinero, o efectuar una prolongada supervisión de las actividades de algunas entidades estatales; y (pág. 1154)

6.- Decidir casos de acuerdo con las preferencias político partidistas de los jueces. Es una forma de activismo muy criticada, y consiste en la decisión o definición de casos judiciales por disciplina partidista y para lograr los objetivos de un partido político (págs. 1157-1158).

Todas las anteriores facetas del activismo judicial, alega Young (2002), tienen un común denominador, y este consiste en incrementar la importancia y la libertad de actuación de la Corte encargada de tomar una decisión.

No podrá dejar de advertir el lector en este aparte la gran similitud que existe entre los elementos del activismo judicial que relaciona Young (2002), con los elementos de la constitucionalización del derecho que nos presenta Guastini (2003). En la medida en que tienen tantos elementos en común, tal vez sea posible concluir que el activismo es parte esencial de la constitucionalización de un ordenamiento, hasta el punto que no podrá existir el uno sin el otro.

Spann (2004-2005), por su parte, igualmente le atribuye un fuerte elemento político al fenómeno de la constitucionalización del derecho, pues considera que:

Puede haber poca duda en cuanto a que el proceso judicial es intensamente político. La política determina la selección de jueces porque aquellos que seleccionan a los jueces suponen que la política frecuentemente determinará cómo los jueces seleccionados van a votar. Y puede haber poca duda en cuanto a que esta suposición es correcta. Cuando la Corte Suprema definitivamente ‘interpreta’ la Constitución, como la Corte insiste en tener el poder de hacer, los jueces tienen poca opción distinta de constitucionalizar sus valores normativos porque la Constitución en sí misma es demasiado abstracta como para proveer soluciones a casos concretos. Las normas de la Constitución, por lo tanto, terminan significando lo que las preferencias políticas de una mayoría de la Corte deciden que deben significar en un momento determinado (pág. 716).

Igualmente, Hirschl (2000) resalta cómo los estudios de política comparativa mencionan varias perspectivas o maneras de entender dicho fenómeno de la constitucionalización, ya sea a través de la constitucionalización de derechos, o como el resultado de la presión política de grupos minoritarios bien organizados para limitar las preferencias políticas de las mayorías, o como el subproducto de los intentos de los líderes políticos mayoritarios de prevenir la desintegración del sistema de gobierno a través de la creación de ajustes constitucionales (págs. 74-75).

Aunque el activismo judicial parece ser un fenómeno esencialmente político, como quedó visto, puede tener un efecto en extremo perturbador en el equilibrio de poderes dentro de un Estado democrático, pues los jueces, en especial

los constitucionales, y aun como resultado de sus propias decisiones, pueden irse atribuyendo un poder desmedido dentro del ordenamiento que ni la misma Constitución les ha otorgado, lo que no deja de presentar serios conflictos para los cuales no se vislumbra una solución fácil. El tratadista Rodolfo Luis Vigo (2012) sintetiza de manera especialmente clara este aspecto del denominado Estado de derecho constitucional, pues afirma que si bien goza del respaldo de los juristas y de la comunidad en general, no está exento de problemas pues “lo anima una cierta lógica difícil de controlar o limitar que puede llegar a un desequilibrante predominio del poder judicial, incluso algunos identifican que desde el EDC se ha ido consolidando un nuevo Estado de Derecho Judicial” (pág. 45). De acuerdo con el mismo autor, este papel preponderante de los jueces tiene unas características especiales que forman parte de lo que es el EDC, por cuanto Europa introdujo a los jueces constitucionales en la segunda mitad del siglo XX no como meros legisladores negativos sino como “controladores formales y materiales de la ley desde la Constitución”, arrojando como consecuencia que el poder judicial terminó convirtiéndose en el “poder constituido que tiene la última y definitiva palabra del poder constituyente” (2012, págs. 27-28).

Finalmente, siendo la predictibilidad de las decisiones de los jueces un elemento fundamental de la seguridad jurídica, es fácil advertir que el activismo judicial puede tener un efecto adverso en la materialización de dicha seguridad. En la medida en que las decisiones judiciales no se fundamenten en principios y valores comparti-

dos y aceptados por todos y sobre cuyo significado y alcance haya un relativo consenso, o siempre que se consideren dichos valores lo suficientemente indeterminados como para abrir campo a las concepciones políticas del intérprete judicial, será extremadamente difícil predecir el sentido de los fallos de los jueces.

C. La sobreinterpretación constitucional

Existe otro elemento que usualmente acompaña la constitucionalización del ordenamiento, y es aquel que la doctrina ha dado en denominar “sobreinterpretación constitucional”. Como bien lo ha explicado Guastini (2003), consiste en abstenerse de interpretar literalmente la Constitución, norma suprema que, por su carácter general y abstracto, necesariamente tendrá muchos vacíos y aspectos no regulados, por lo que el operador judicial se verá en la necesidad de hacer de ella una interpretación “extensiva” que le permita descubrir principios, valores o normas implícitas que permitan a su vez decidir, a través de la Constitución misma, todos los conflictos de una sociedad (pág. 54).

Vigo (2012) lo explica de esta manera:

Una de las tesis propias de la constitucionalización es la eficacia jurídica de la totalidad de las normas constitucionales que presiden el ordenamiento jurídico, en orden a la resolución de los concretos problemas jurídicos que en la vida social van surgiendo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico implica reconocer ese ‘efecto de irradiación’... que produce la Constitución, y por ende todo el derecho queda teñido por el color de la misma (pág. 273).

Carbonell y Sánchez Gil (2003, págs. 35-36)) consideran que:

La sobreinterpretación constitucional deriva de la teoría axiológica de la Constitución. Al imponer la Ley Fundamental el cumplimiento de determinados fines y no solamente establecer cotos a la acción estatal, convierte dichos objetivos en “valores” que califican la licitud de los elementos del ordenamiento: la medida en que la conducta avalada por una norma ordinaria del ordenamiento jurídico los satisfaga, determinaría su validez; y según los “valores constitucionales” con que se relacionen y el grado en que los complementen, una elaboración jurídica (legislativa, administrativa o judicial) sería preferible a otra(s).

El problema que se advierte en este punto es la dificultad que puede entrañar el “descubrir” los principios y valores constitucionales, los cuales no siempre están explicitados en la Constitución. De acuerdo con la visión postmodernista del derecho, según Spann (2004-2005), todos los principios son suficientemente indeterminados como para requerir que se recurra a los valores normativos de la persona que aplica dichos principios para que estos puedan adquirir un significado operacional. Como resultado, los Postmodernistas consideran como contingente y no universal todo significado, y por tanto, sujeto a los prejuicios y predisposiciones de quien quiera sea el encargado del acto de interpretar (pág. 713), no obstante el autor concluye que “la desconfianza en las reglas y la indeterminación doctrinal parecen hoy ser ampliamente compartidas y preferidas a la concepción formalista” (pág. 713).

El principal problema que presenta esta modalidad de interpretación constitucional es que:

Si ya no puede contarse con la doctrina legal para aislar las decisiones judiciales de las preferencias normativas de los jueces que las dictan, el derecho constitucional que está siendo anunciado por los jueces será formado en últimas por los valores normativos de los mismos jueces. Esto, a su vez, amenaza la legitimidad de la revisión de constitucionalidad por cuanto la visión indeterminada de los realistas significa que ya no puede contarse con la Constitución para que imponga algún nivel interesante de restricción (*constraint*) en el ejercicio de la discreción judicial. Expresado más burdamente, no hay nada en la Constitución post-realista para prevenir que un juez eleve sus preferencias normativas o políticas a nivel de derecho constitucional (Spann, 2004-2005, pág. 714).

De acuerdo con lo anterior, la sobreinterpretación constitucional tiene el evidente potencial de generar un desequilibrio en cualquier sistema de pesos y contrapesos que exista al interior de un ordenamiento, pues libera a la judicatura de cualquier freno que se intente imponer a su actuar y convierte a la Rama Judicial en el poder prevalente al interior del Estado. Además, dicho fenómeno también puede restar legitimidad a las decisiones judiciales, especialmente a aquellas concernientes al control de constitucionalidad, pues los jueces podrán fallar dichos asuntos de acuerdo con sus preferencias políticas o normativas y no con una interpretación más restringida y ponderada de la Constitución.

López Medina (2006), sin embargo, parece tener una visión más benévola del fenómeno:

Importantes cambios han ocurrido recientemente en el derecho colombiano. La creación de la Corte Constitucional en 1991 ha inaugurado una nueva manera de entender el Derecho Constitucional. El punto fundamental de este cambio reside en lo siguiente: junto al texto expreso de la Constitución, antaño fuente indisputada de todo el derecho constitucional, hoy en día aparece el juez como un actor y formador consciente de las reglas constitucionales y no simplemente como un lector pasivo de los textos superiores (pág. 123).

Lo anotado por López Medina (2006) en el anterior aparte resulta indiscutible, pues la sobreinterpretación constitucional se materializa de muchas maneras y él describe tan solo una de ellas. Sin embargo, es precisamente este uno de los aspectos que presenta un serio riesgo para la seguridad jurídica, pues al convertirse el juez ya no en un intérprete sino en un creador del derecho constitucional, resulta impredecible el actuar de este, pues podrá fallar conforme a su particular interpretación de los valores constitucionales que los asociados desconocemos. Es en este punto específico en el que algunos doctrinantes temen, con sobrado fundamento, que puedan colarse las preferencias políticas de los jueces.

Spann (2004-2005) considera que el meollo del problema planteado es que si las preferencias políticas de la judicatura —en lugar de la Constitución en sí misma— son en últimas las responsables de determinar la constitucionalidad de algunas prácticas sociales controversiales como el aborto, la oración en los colegios o el tratamiento de grupos minoritarios, la legítimi-

dad de la revisión de constitucionalidad pasa a ser seriamente cuestionada. Si todo lo que están haciendo los jueces cuando fallan acerca de la constitucionalidad de los asuntos sociales más controversiales es sustituyendo sus propias preferencias de política por las de otras ramas representativas del gobierno, la institución de la revisión de constitucionalidad se convierte en algo difícil de compaginar con la idea del autogobierno democrático. Bajo el esquema constitucional tripartita de la división de poderes, las ramas representativas y responsables políticamente son depositarias del poder para formular la política social. La rama judicial, 'menos peligrosa' y políticamente irresponsable, es depositaria del poder para anular dichas políticas pero solamente cuando violan normas que están contenidas en la Constitución — no cuando simplemente ofenden las ideas de los jueces respecto de la prudencia de dichas políticas (pág. 715).

Además, remata el autor, la línea entre la interpretación constitucional permisible (que es informada por valores culturales prevalecientes) y pronunciamiento constitucional impermisible (que es simplemente un conducto para las preferencias políticas prevalecientes) puede ser difícil de discernir (...) Lo que hace la Corte cuando viste sus preferencias políticas con el traje del derecho constitucional, puede describirse como el proceso de constitucionalización (Spann, 2004-2005, pág. 710).

Como puede verse, los problemas de la sobreinterpretación constitucional y del activismo judicial se encuentran estrechamente relacionados,

pues mantienen una relación causa-efecto difícil de ocultar. La manera en que los jueces interpretan la Constitución determinará en últimas si puede hablarse o no de activismo judicial. Además, puede resultar preocupante que sean los jueces quienes terminen fijando las principales políticas del Estado, cuando no tienen el origen democrático de que sí gozan el Legislativo y el Ejecutivo. En últimas, la pregunta consiste en quién goza de legitimidad para fijar las políticas públicas en una sociedad: si las ramas Legislativa y Ejecutiva, constituidas mediante el sufragio popular y responsables políticamente, o la Rama Jurisdiccional, cuyos miembros no han pasado por el escrutinio de las urnas y solo responde ante sí misma.

D. Riesgos de la constitucionalización del derecho

El fenómeno de la constitucionalización del derecho claramente no está exento de riesgos, pues ya hemos anotado algunas de las tensiones que se generan al interior del ordenamiento con ocasión de este. El tránsito del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional, si bien comporta algunos notables beneficios, también entraña algunas amenazas que pueden repercutir directamente en la seguridad jurídica.

El primer riesgo, que entraña un mayor peligro para el ordenamiento y al cual ya hemos hecho referencia en este escrito, es el elemento político con el que pueden teñirse las decisiones judiciales, para cuyos fines su fundamentación necesariamente deberá ser moldeada para el fin perseguido:

Si los jueces se convierten en agentes de causas políticas, encontrarán la forma de superar las exigencias de la argumentación y de la fundamentación de sus decisiones judiciales. No tendrán problemas en transformar el derecho legislado en las reglas jurisprudenciales y judiciales que requieran para promover su programa político (Torres, 2013, págs. 68-69).

El segundo riesgo, también mencionado anteriormente, guarda relación con la preeminencia del Poder Judicial sobre el Poder Ejecutivo y Legislativo, más aun si se tiene en cuenta que estos últimos tienen una representatividad emanada del voto popular, que les confiere la facultad de fijar las políticas de Estado y de responder políticamente por estas. Los jueces constitucionales, por su parte, carecen de este tipo de representatividad, y mal pueden asumir el papel político que a través del Estado de derecho constitucional se han conferido ellos mismos. Sin embargo, hay opiniones contrarias al respecto, como aquella de la Corte Constitucional colombiana que al respecto ha afirmado:

La idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social. Depositario de las ventajas propias del sabio alejado de la sociedad, que piensa en la objetividad de los valores y dotado de las ventajas de quien tiene el compromiso de tomar cotidianamente en consideración «la realidad viviente de los litigios» el juez está en plena capacidad, como ningún otro órgano de régimen político, de desempeñar ese papel. En síntesis, el control ejercido por jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-

justicia (T-406/1992, C. Angarita).

El tercer riesgo, que se deriva directamente del anterior, consiste en la reformulación del concepto de equilibrio entre los poderes públicos. Cuando no es el legislador sino el juez constitucional quien tiene la última palabra en relación con los asuntos políticos trascendentales en la vida de una comunidad, resulta claro que ha habido un cambio en la manera en que estos poderes públicos interactúan entre sí:

La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados (CConst., T-406/1992, C. Angarita).

El cuarto aspecto de la constitucionalización que puede constituir un riesgo, especialmente para la seguridad jurídica, es que aquella implica un cambio fundamental en las fuentes del

derecho, pues la Constitución debe ser entendida como origen, centro y final del ordenamiento jurídico. Implica reconocer que ha ocurrido un cambio en el contenido y las finalidades de las asignaturas del sistema jurídico completo, tanto positivo como no positivizado. Implica, además, admitir que dichos cambios se han producido por la influencia general de los principios, técnicas y normas del Derecho constitucional en todo el ordenamiento jurídico. Es decir, el Derecho constitucional debe representar para todo sistema de derecho la disciplina central que otorga justificación de ser a las demás existentes (Castráin, 2002, pág. 3).

Finalmente, existen otros riesgos de la constitucionalización sobre los cuales Vigo (2012) llama la atención, algunos de los cuales, si bien han sido mencionados antes en este escrito, son presentados por este tratadista desde una perspectiva clara y novedosa:

1.- Sobreinterpretación de la Constitución o sobreconstitucionalización: la ‘sobreinterpretación’ consistiría en pretender que en la Constitución están todas las soluciones jurídicas y, por ende, se impone su aplicación, sin que quede margen para la creación discrecional de otras normas” (pág. 273). Explicado de otra manera, para el referido autor no parece sano para un ordenamiento que sean reducidas de manera tan drástica las fuentes del derecho de tal forma que, en la práctica, solo subsistan las normas de la Constitución, las que tendrían aplicación directa en todo asunto sometido a la consideración de un juez.

2.- Irrelevancia o debilitamiento del Poder Legislativo y de la ley: en el Estado de derecho legal el derecho era lo contenido en la ley y esta era el resultado libérrimo e infalible de la voluntad general... La constitucionalización puede derivar en un nuevo tipo de Estado que es el ‘jurisdiccional’, donde los nuevos señores del derecho ya no sean los legisladores sino los jueces constitucionales (pág. 275).

3.- Debilitamiento de la democracia:

No hay duda de que el poder más inequívoco y directamente democrático es el Legislativo, y que el Poder Judicial es el menos democrático en tanto que en su elección no interviene directamente el pueblo (...) En definitiva, al hilo de la constitucionalización importa más lo que piensan y deciden los jueces, que lo que piensa y decide el pueblo, y ello implica forzosamente poner en interrogantes a la democracia misma (pág. 276-277).

4.- Nuevo iuspositivismo ideológico constitucional:

El neoconstitucionalismo encierra el riesgo de un nuevo dogmatismo en tanto afirma —explícita o implícitamente— que todo lo dispuesto por el constituyente es intrínseca y necesariamente bueno o justo (...) En esa religión que serían por supuesto los constitucionalistas, y más específicamente los jueces constitucionales, los encargados de administrar la palabra y oficiar el culto en el que deben creer todos los juristas, cualquiera sea la especialidad que tenga (págs. 277-278).

5.- Desnormativización del derecho: el neoconstitucionalismo conlleva un tránsito de un derecho de normas a un derecho de principios y valores.

Las normas, con su previsión de la hipótesis fáctica y la consecuencia jurídica respectiva, son devaluadas como recurso para el intérprete constitucional frente a las posibilidades que conllevan los principios en tanto derecho concentrado y necesitado de explicitación por medio del juicio creado por el operador en donde se subsuma el hecho que se resuelve apelando al principio en cuestión. Los principios definitivamente amplían la capacidad de respuesta jurídica y permiten no solo entender mejor lo que las normas con su tipicidad disponen, sino incluso ordenarlas hasta invalidarlas en tanto incurran en contradicción con los principios de donde derivan (pág. 279).

6.- Hipermoralización del derecho: el aludido riesgo consiste en que:

Los juristas se conviertan en moralistas si pretenden entender y operar el derecho conforme a la Constitución, dado que en la moral está el núcleo del derecho. Más allá del espacio institucional que supone el derecho, el mismo a la hora de su aplicación se torna irrelevante o termina de explicitarse a tenor de la moral (pág. 280-281).

III. CONCLUSIONES

La seguridad jurídica es un principio o un valor que resulta verdaderamente imprescindible para el buen funcionamiento de cualquier sistema de derecho, aunque es particularmente susceptible de ser afectado por diversos factores hoy presentes en la mayoría de los ordenamientos. Dentro de las amenazas que se cierren sobre dicha seguridad, hay algunas que se destacan entre todas por su potencial de afecta-

ción: la constitucionalización del ordenamiento o neoconstitucionalismo, por una parte, y tres elementos que guardan relación estrecha con este, como son el respeto por el precedente judicial, el activismo judicial y la sobreinterpretación constitucional, por otra parte.

Es un elemento capital de la seguridad jurídica la posibilidad de prever la actuación de las autoridades, y resulta para ella especialmente importante poder anticipar la manera en que los jueces decidirán los asuntos sometidos a su consideración; para este propósito, contamos principalmente con las decisiones que sobre casos similares hayan estos tomado con anterioridad. Así, en la medida en que se respeta el precedente judicial, y aun en aquellos casos en los que el juez se aparta de este con razones justificadas y argumentación coherente, la seguridad jurídica habrá salido fortalecida. A *contrario sensu*, cuando el precedente judicial es respetado por unos y desconocido por otros, o solamente respetado en ciertas circunstancias o para ciertas causas, se habrá consolidado un ambiente de incertidumbre en el ordenamiento que tendrá una incidencia negativa sobre la seguridad jurídica y todos los elementos que dependen de ella.

Naturalmente, jamás ha sido el objeto de este escrito propugnar por la petrificación del precedente judicial, pues una situación de esta naturaleza muy flaco servicio le prestaría a la estabilidad del ordenamiento. Sin embargo, sí nos parece fundamental que el ciudadano pueda predecir las actuaciones de los funcionarios públicos y de sus conciudadanos, de tal forma que

se le facilite proyectarse a futuro y contribuir con su actividad productiva al bienestar social.

Otro de los elementos que presenta una amenaza real a la seguridad jurídica es la constitucionalización del ordenamiento jurídico, una de cuyas consecuencias puede ser, precisamente, la falta de respeto al precedente judicial. Sin embargo, los alcances de dicha constitucionalización, como hemos podido evidenciarlo en este trabajo, van mucho más allá y tienen serias implicaciones entre los poderes del Estado.

El primer gran elemento de la constitucionalización es la alteración de las fuentes del derecho vigentes en el Estado de derecho legal, en el cual la ley tenía un lugar preponderante como depositaria del pacto social entre los asociados. En el Estado de derecho constitucional, la Constitución irradia la totalidad del ordenamiento y torna todas las demás fuentes del derecho prácticamente irrelevantes. Como bien lo plantea Cortés Zambrano, la concepción clásica de Constitución como límite al poder político implica que las disposiciones constitucionales se dirigen solo a los órganos del Estado que ejercen funciones políticas. Por su parte la concepción moderna, contiene un proyecto detallado de sociedad justa, que favorece la aplicación directa de la constitución por cualquier juez en cualquier controversia (2011, pág. 3).

Sin embargo, el riesgo no está dado porque la Constitución se haya convertido en fuente directa de derecho, sino porque la norma escrita, sea esta de carácter legal o constitucional, ha dejado de ser fuente de seguridad jurídica, pues

la revisión de constitucionalidad de todo tipo de normas así como las decisiones sobre casos particulares, no se harán ya a la luz del texto escrito de las disposiciones sino de la particular concepción de los valores y principios constitucionales que informen al juez de la causa. Siendo en buena medida impredecibles ambas, puede haber un impacto adverso en la seguridad jurídica.

La segunda gran implicación de la constitucionalización del derecho consiste en el denominado activismo judicial, tal vez uno de los más controversiales fenómenos que dispone de gran potencial para alterar de manera importante el equilibrio de poderes al interior de un Estado de derecho. Los jueces, finalmente, se han asignado a sí mismos la facultad de fijar las políticas públicas más controversiales e importantes para la sociedad, sin contar con la representatividad democrática y responsabilidad política de la que sí son titulares la Rama Legislativa o Ejecutiva. Este fenómeno, si bien puede traer saludables resultados en ciertos asuntos como los derechos fundamentales, puede ser un verdadero sismo en otros que ha asumido la judicatura como bandera política.

El tercer elemento de la constitucionalización es el cambio radical en la interpretación de la Constitución, también llamado sobreinterpretación constitucional, en virtud del cual, de facto, la Constitución termina significando lo que los jueces dicen que ella es, no lo que sus disposiciones establecen. Lo importante ahora no es qué dice la Constitución; lo que importa es lo que el juez dice que la Constitución establece,

luego el juez termina convertido en constituyente primario de carácter permanente.

Markman (2003-2004) sintetiza el anterior fenómeno y el riesgo que entraña en los siguientes términos:

A mí no me convence que la estabilidad de la ley sea verdaderamente mejorada por un precedente que lee el texto de la ley para que signifique otra cosa diferente a la que simplemente dice; tampoco me convence que la predictibilidad de la ley es mejorada cuando los jueces, como inevitablemente ocurre en este tipo de situaciones, comienzan a discutir con respecto a si sesenta días verdaderamente significa sesenta días más un período de gracia; así como tampoco me convence que la integridad de la ley se vea fortalecida cuando los procesos tradicionales de interpretación son suplantados por las preferencias personales de los jueces. Más aún, estoy bien convencido de hay otros valores que son mermados en este proceso, no siendo el menor de ellos el gobierno representativo en el que 'nosotros el pueblo', actuando a través de nuestros representantes, proceden a decir en qué consiste la ley (pág. 286).

Finalmente, es indudable que la mayoría de los ordenamientos tienen actualmente algún grado significativo de constitucionalización, y son muy notables las ventajas que ello reporta, como ya se ha mencionado en este escrito. Además, el referido fenómeno parece irreversible y su tendencia parece ser a generalizarse cada vez más. No obstante lo anterior, el presente escrito ha intentado llamar la atención sobre algunos aspectos del respeto al precedente y la constitucionalización del ordenamiento que pueden

tener una incidencia negativa sobre la seguridad jurídica. De esta manera, así la efectividad y materialización de los derechos fundamentales sea uno de los grandes logros de un ordenamiento constitucionalizado, dicha conquista puede verse opacada en grado importante por la inestabilidad e incertidumbre que son fruto de la inseguridad jurídica.

Referencias

- Carbonell, M. y Sánchez Gil, R. (s.f.). ¿Qué es la constitucionalización del derecho? Recuperado en octubre de 2014, de UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt3.pdf>
- Castraín Calderón, S. (Octubre 18 de 2002). La constitucionalización del Derecho. *Gaceta Judicial*.
- Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992 (M. P.: Ciro Angarita Barón; junio 5 de 1992, expediente T-778).
- Cortés Zambrano, S. P. (2012). *Poder discrecional de la Corte Constitucional en el estado de cosas inconstitucional*. Recuperado en octubre de 2014, de Universidad Santo Tomás: <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/859/1140>
- Elliott, R. D. (2004). Judicial Activism and the Threat to Democracy. *University of New Brunswick Law Journal*, (53).

- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismos*. Recuperado en octubre de 2014 de biblio.juridicas: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/22/11.pdf>
- Hanna, J. (1957). The Role of Precedent in Judicial Decision. *Villanova Law Review* II(3), 367-384.
- Hirschl, R. (2000). The Struggle for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment through Constitutionalization in Culturally Divided Polities. *Stanford Journal of International Law*, (36), 73-118.
- Landes, W. M, y Posner, R. A. (1976). Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Journal of Law & Economics*, (19).
- López Medina, D. E. (2006). ¿Qué es la seguridad jurídica? *Ámbito Jurídico*, (202)
- MacCormick, D. N. y Summers, R. S. (Edits). (1997). *Interpreting Precedents*. Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited.
- Marinoni, L. G. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Revista Ius et Praxis*, XVIII(1), 249-266.
- Markman, S. (2003-2004). Precedent: Tension between Continuity in the Law and the Perpetuation of Wrong Decisions. *Texas Review of Law & Politics* VIII(2).
- Spann, G. A. (2004-2005). Constitutionalization. *Saint Louis University Law Journal*, XLIX, 709-747.
- Tamayo Jaramillo, J. y Jaramillo J., C. I. (2012). *El precedente judicial en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Grupo Editorial Ibáñez.
- Torres, L. F. (2013). *El activismo judicial en la era neoconstitucional*. Recuperado en octubre de 2014, de usfq: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/lurisDictio_15/iurisdictio_015_004.pdf
- Vigo, R. L. (2012). *Constitucionalización y judicialización del derecho: del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas/Grupo Editorial Ibáñez.
- Villegas, H. B. (1993). El contenido de la seguridad jurídica. *Impuestos*, (3).
- Young, E. A. (2002). Judicial Activism and Conservative Politics. *Colorado Law Review*, LXXIII (4).