

FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO PROCESAL

Por MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ

1. Introducción

Se presenta una reflexión sobre la teoría de la producción normativa en lo procesal. El tema de las fuentes de producción en el derecho procesal comprende los modos referidos a la creación de los parámetros normativos sobre órganos competentes y procedimientos requeridos para la realización y eficacia del derecho material; igualmente incluye la teoría de la producción negativa de normas procesales, es decir, el sistema para excluir de un Ordenamiento procesal una norma determinada.

Las fuentes de producción del ordenamiento procesal y las normas producidas por ellas se hallan en niveles distintos. El ordenamiento procesal, al igual que el ordenamiento jurídico, se ofrece como una construcción jerárquica en que las normas inferiores obtienen su validez de las superiores. El referido conjunto normativo presenta límites externos referentes a la forma o al procedimiento y límites internos de contenido. Las decisiones de fondo son válidas si son emitidas por un funcionario competente, después de agotarse un procedimiento regular desarrollado con observancia de las normas de competencia y de procedimiento. Pero, además de estos requisitos de forma, la validez de una norma también puede depender de ciertos requisitos materiales, en especial de la conformidad de las leyes procesales con los contenidos indicados por las normas constitucionales.

No existe consenso doctrinario acerca del significado de fuentes del derecho y concretamente de las del ordenamiento jurídico procesal. “La expresión «fuente del Derecho» nacida en la doctrina alemana del siglo XIX, designa tanto los diversos modos de creación de las reglas, como las clases de reglas designadas por la manera en que han sido creadas. Algunas de las dificultades principales que presenta la teoría de fuentes están precisamente ligadas a la metáfora que encierra dicha expresión. Ella nos permite pensar que, del mismo modo que una fuente es el punto en el que el agua brota de las profundidades de la tierra emergiendo a la superficie, el Derecho tenía existencia antes incluso de ser establecido, antes incluso de haber sido creado por una acción humana. Es en este sentido en el que se distinguen habitualmente las fuentes formales del Derecho, que son precisamente actos creadores de normas (como la ley o la jurisprudencia), y las fuentes

materiales del Derecho, expresión que designa el origen de las normas ulteriormente formalizadas en el Derecho positivo". (1)

Esta temática sobre fuentes o núcleos generadores del derecho procesal está estrechamente vinculada a la teoría general del derecho en cuanto a que no existe sectorización exclusiva para las fuentes del derecho procesal, sin que por esto se admita la falta de autonomía.

2. Fuentes a tener en cuenta

2.1. Fuentes materiales y formales

Se han considerado doctrinariamente dos tipos de fuentes del derecho: las materiales (2) y las formales (3). En primer lugar, en el ámbito procesal, se precisa que las normas procesales tienen por punto de partida las circunstancias de cada momento en la comunidad (políticas, sociales, culturales, económicas, etc.), es decir, causas de orden material o fuentes reales que no diferirían de las del derecho en general y se traducen en las necesidades o problemas que el legislador recoge. El positivismo jurídico, por regla general, no reconoce estas fuentes materiales como vinculantes u obligatorias, aspecto problemático, y máxime en el ámbito del derecho procesal en el que los procedimientos deben tener un desarrollo bajo los postulados fundamentales de legalidad del juez y la legalidad de la audiencia.

En lo referente a las fuentes formales, es decir, en lo que corresponde a los modos de manifestación del derecho positivo que recogen las fuentes reales, es necesario tener en cuenta que la legalidad de la audiencia y la legalidad del juez, dentro del contexto del *Civil Law* imponen la prioridad de fuentes de tipo normativo. Se confronta que el derecho procesal positivo se configura por medio de la primacía de fuentes normativas. Esta situación es la que tradicionalmente ha predominado en el derecho continental europeo y en Latinoamérica, al rechazarse el carácter vinculante de las fuentes no normativas (v.gr. justicia, equidad, sana crítica, doctrina, máximas de la experiencia).

La identificación de cuáles son las fuentes formales es un asunto bien problemático en atención a esos referentes de legalidad del debido proceso ya relacionados. Desde los principios y garantías vinculados a la legalidad del juez y a la legalidad de la audiencia, podría considerarse que, en principio, sólo la ley puede ser la fuente del derecho procesal por excelencia. Sin embargo, debe admitirse un debilitamiento significativo en la

comprensión usual de la temática. Se impone en tal sentido realizar varias precisiones, teniendo en cuenta la existencia de una doctrina no pacífica sobre este punto.

La vecindad de familias ha permitido replantear buena parte de los paradigmas existentes en materia de fuentes del derecho. Al menos, en el campo de las fuentes normativas se advierte un giro significativo. Si bien la legalidad es el referente principal para la construcción del andamiaje jurídico, y con mayor razón en el ámbito de lo procesal, debe rechazarse una comprensión restrictiva sobre el alcance de la legalidad. Ha de admitirse que las formas del procedimiento y las formas propias de la defensa o contradicción, además de los referentes normativos requeridos en el campo de la competencia, parecen dar cabida a parámetros en que no puede ya hablarse de ley en sentido estricto. De otro lado, se advierte la posibilidad de un juzgamiento por parte del órgano jurisdiccional con apoyo en el derecho y no a la legalidad sustancial en sentido estricto. Lo que sí resulta prioritario es que se desborden los márgenes impuestos por el derecho fundamental al debido proceso.

Es necesario asumir una postura responsable sobre el sistema de fuentes, incluyendo las correspondientes al derecho procesal. Una posición adecuada sobre la misma facilitará la elaboración de un paralelo diáfano entre el juez constitucional y el juez de legalidad, además que permitirá establecer cuáles son los parámetros que deben tenerse en cuenta en los espacios procesales. Precisamente un desconocimiento del sistema de fuentes conlleva a que se piense en la violación del debido proceso (en su arista del derecho a un juzgamiento en derecho) o del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2.2. Fuentes normativas

En las fuentes normativas, la ley es la principal fuente del derecho procesal. Pero no debe emplearse el sentido restringido, es decir, normas emanadas del poder legislativo; toda vez que ha de entenderse por ley toda disposición o norma formulada reflexiva y expresamente por autoridad legítima, debiéndose respetar la graduación existente de acuerdo con la regulación vigente en cada país, en atención a órdenes de prelación. En dicho concepto se tiene en cuenta la Constitución, los tratados internacionales, la ley en sentido formal y, por último, los reglamentos.

El derecho procesal positivo puede estar consignado en normas-regla o en normas-principio, las primeras contenidas fundamentalmente en las leyes y las segundas en los

textos constitucionales. Pero puede suceder que en las constituciones se consignen numerosas normas-regla de carácter procesal, como se confronta en la parte orgánica. Adicionalmente, ha de considerarse el problema referente a la normativa procesal consignada en textos supranacionales y en los tratados o convenios internacionales. En este punto se advierte un espacio de tensión. Por ejemplo, en el caso de la Unión Europea puede confrontarse un derecho sustancial y procesal comunitario que indudablemente tiene preferencia sobre todos los ordenamientos de los distintos estados europeos. La existencia de contradicción flagrante entre una constitución local y el derecho de producción comunitaria se soluciona a favor del último; además el juez tiene la obligación de inaplicar cualquier norma que sea contraria a este derecho supraestatal, pero no sucede lo mismo cuando se trata de inaplicar la ley contraria a la Constitución como en el caso español (4).

2.3. La Constitución y el bloque de la constitucionalidad

En primer lugar, la Constitución es fuente originaria del derecho procesal. De esta Carta todas las demás fuentes derivan su validez, mediante un proceso de delegación (como cuando transfiere al legislador el poder de dictar normas procesales) o de recepción (permite reconocer eficacia dentro del ordenamiento a normas procesales producidas en otro ordenamiento).

La Constitución contemporánea no es programática o meramente exhortativa, sino un conjunto normativo. Se trata de una norma política y jurídica en la que se recoge el sistema de fuentes y que cuenta con unas garantías específicas de protección. En las comunidades actuales se ha venido reconociendo la supremacía constitucional (5) protegida por los tribunales constitucionales y por medio de mecanismos “duros” de reforma frente a los propios textos constitucionales, salvaguardando de esta forma la superlegalidad material y formal de la propia Constitución (6).

La Constitución es un documento democrático (por el que se reconoce la soberanía del pueblo como titular del poder constituyente) y liberal en cuanto reconoce la división de poderes y unos derechos con sus correspondientes garantías). En este documento convergen principios procesales y valores que se constituyen en soporte del restante ordenamiento jurídico procesal, erigiéndose en núcleo generador de la normatividad procesal. En el campo procesal se advierte que la Constitución es un catalogo rico de normas procesales ya que dicha Carta incluye, entre otros, principios procesales, normas de valuación procesal

que las leyes de procedimiento desarrollan y reglamentan, derechos fundamentales derivados del debido proceso e instituye los órganos de poder jurisdiccional con sus respectivas atribuciones.

Debe precisarse que en tanto en materia sustancial, como en el campo procesal, las normas que tienen carácter constitucional no son sólo las contenidas en una Carta superior. Son normas constitucionales todas las que tienen dicho carácter y que lo asumen en atención a que hacen parte del *bloque de constitucionalidad* (7). En este aspecto se comprende que existen en el campo procesal numerosos principios relacionados en normas que consagran derechos humanos en el ámbito de los tratados y convenios internacionales y que no pueden ser limitados en los estados de excepción. Se incluyen numerosas normas con fuerza constitucional y que prevalecen en el orden interno, haciendo parte del núcleo de derechos y garantías conocido con el nombre de debido proceso.

2.4. Los tratados y convenios internacionales

En este tópico se precisa que resulta muy polémico establecer jerarquías frente a la carta constitucional. Hay quienes sitúan la Constitución en la cumbre y a los tratados internacionales por debajo, pero estos ocupando una posición superior a la de la ley; otros consideran que el tratado internacional puede en determinadas situaciones prevalecer sobre todo el orden interno, incluyendo también el propio texto constitucional.

En lo que corresponde a los tratados y convenios internacionales se deben hacer ciertas precisiones. En los mismos es posible encontrar numerosas normas que consignan derechos fundamentales que, en el caso que nos ocupa –el derecho procesal–, se pueden integrar a los principios propios del debido proceso o de la tutela judicial efectiva. Es una constante, como sucede en Colombia, con el artículo 93 de la Constitución Política (8), que se realice cierta concesión de la soberanía en favor de la comunidad internacional interesada en exigir el respeto de determinados derechos. En esta óptica, el derecho procesal positivo se considera no sólo desde una óptica local sino que, al comprenderse desde el debido proceso, es posible igualmente dar cabida a la normativa internacional.

Los derechos fundamentales, incluido el debido proceso, eran estimados desde el derecho constitucional nacional; pero se viene imponiendo un nuevo *ius commune* sobre los derechos fundamentales. El debido proceso puede estudiarse no sólo desde una constitución nacional, con su supremo intérprete (el Tribunal Constitucional), sino también

desde los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos con sus supremos intérpretes (v. gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal de Estrasburgo, Corte Penal Internacional, etc.). Lo internacional viene influenciando el entendimiento de los derechos, por cuanto los mismos ya no sólo se proclaman y se garantizan desde el ámbito nacional.

2.5. La ley

En un segundo peldaño, después de las normas constitucionales procesales y de los principios del debido proceso y de la tutela judicial efectiva (reconocidos en normas consagradas en convenios o tratados internacionales y que prevalecen en el orden interno), se encuentra la ley procesal. Esta generalmente se expresa en formato de norma-regla, contentiva de aquellos mecanismos ordinarios de aplicación del derecho procesal.

En la ley procesal se comprenden aquellas normas que emanan del poder legislativo (o del Parlamento o del Congreso), recogidas generalmente en los códigos de procedimientos y en las leyes orgánicas o estatutarias del poder judicial. Igualmente, tienen fuerza de ley procesal las normas de cooperación internacional que se realicen en esta materia, las que permiten solucionar numerosos problemas que se presenten en cuanto a los ámbitos de validez espacial para la aplicación de normas procesales (v. gr. notificaciones, práctica de medidas cautelares, pruebas, etc.).

2.6. El reglamento

Por debajo de las normas constitucionales y de las leyes, están los reglamentos. “La potestad reglamentaria se define generalmente como la capacidad atribuida al ejecutivo de dictar normas de rango inferior a las leyes, por lo común en desarrollo o aplicación de éstas” (9). En estos se reconocen fuentes en la medida que contengan instrucciones para la aplicación de las leyes procesales, que permiten organizar o hacer más comprensible el alcance de la normatividad procesal superior, sin invadir espacios legislativos, ni tampoco contradecirlos.

El no cumplimiento de los límites de ley, por parte de los reglamentos, posibilitan que los mismos sean cuestionados, pero no por un recurso de inconstitucionalidad, sino por mecanismos distintos de control.

3. Problemática en torno a fuentes diferentes a la ley

En el ámbito procesal resulta problemática la aceptación de espacios de creación normativa por fuera de la fuente principal ya estudiada (la ley). Nos referimos a fuentes como la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los negocios jurídicos en ejercicio de la autonomía de la voluntad, entre otras. En este aspecto es importante realizar numerosas precisiones, si se tiene en cuenta el replanteamiento contemporáneo que se viene realizando sobre el sistema de fuentes, lo que ha permitido el desarrollo de un debate bien prolijo entre los juristas de varios países.

La doctrina no presentaría mayores problemas, si se tiene que es una elaboración teórica realizada por los cultivadores de las disciplina jurídicas, no siendo fuente normativa; sólo expresa puntos de apoyo para los jueces y profesionales privados, con fuerza de persuasión.

En donde se consideran los mayores problemas son en los otros niveles de fuentes del derecho: jurisprudencia, costumbre y negocios jurídicos de las partes.

3.1. La jurisprudencia

La jurisprudencia es el conjunto de decisiones dictadas por los jueces sobre casos análogos, o "... el conjunto de reglas resultantes de la actividad de los tribunales" (10). El carácter de fuente o no de la misma resulta ser otro punto igualmente bien polémico, principalmente para los países latinoamericanos y europeos continentales forjados en el modelo francés de la Ilustración, en el que sólo se aceptaba la ley como fuente jurídica.

La jurisprudencia constituye fuente del derecho en países anglosajones, en los que el juez se vincula al respeto del precedente, constituido en una regla adoptada anteriormente por los tribunales para casos análogos. Pero en los países en los que ha predominado el *Civil Law*, se ha consolidado el imperio de un derecho legal escrito, dándole a la jurisprudencia un carácter meramente supletorio, ya que el juez interpreta soberanamente la ley; aspecto que ha suscitado numerosos cuestionamientos en la actualidad dado el encuentro significativo que se viene dando con la tradición anglosajona.

Sobre la fuerza obligatoria de la jurisprudencia discrepa la doctrina. En el campo del derecho procesal se han adoptado usualmente una de estas dos posiciones: o negar

obligatoriedad y poder igual al de la doctrina, la jurisprudencia solamente serviría para interpretar las normas vigentes y para proveer de progreso la legislación; la otra opción sería tenerla como fuente ya sea subsidiaria, ya sea como fuente obligatoria y dogmática (11).

En el caso de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, se ha venido considerando el carácter vinculante de la misma en los diversos países del *Civil Law*. De esta forma, en materia procesal resulta igualmente prioritario para la competencia, para las formas sobre defensa y sobre la forma correspondiente a la defensa, que se tenga en cuenta el carácter obligatorio de *ratio decidendum* de los precedentes existentes en este nivel, sin que por esto se comprometa ni la legalidad del juez, ni la legalidad de la audiencia. Pero en lo referente a los precedentes existentes al interior de la denominada "jurisdicción" ordinaria existe mayor resistencia de aceptar la jurisprudencia como fuente del derecho procesal.

3.2. La costumbre

En cuanto a la costumbre entendida como el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes, resulta igualmente problemática su identificación como fuente del derecho. "La costumbre es definida generalmente como una práctica repetida en el seno del grupo social, combinada pues con la convicción del carácter obligatorio de esta práctica. A menudo se señala el carácter extremadamente vago de esta definición, ya que resulta imposible precisar la duración de la repetición, el tamaño del grupo en cuyo seno se constata, la naturaleza del sentimiento de obligación, la manera en la que se expresa ese sentimiento, o incluso el número o la calidad de los sujetos que deben experimentarlo. Sin embargo, la cuestión de saber si la costumbre es o no una fuente del Derecho es objeto de discusiones ideológicas y teóricas" (12).

Para Alf Ross, resulta evidente que el poder judicial precedió siempre al legislador y el juez formaba su juicio de acuerdo con reglas tradicionales de la costumbre; pero luego, de forma paulatina, cuando el juez fue sometándose "a reglas tradicionales que fueron adoptadas y desarrolladas según el espíritu tradicional para atender las nuevas necesidades. A través de la práctica de los tribunales con el correr del tiempo, llegó a adquirir expresión y consolidarse un caudal de ideas jurídicas vivas que brotaban en la conciencia del pueblo, o por lo menos en la de los expertos en cuestiones de derecho". Aunque no se niega que la costumbre sea fuente del derecho primitivo, sostiene que "A medida que el derecho fue haciéndose progresivamente más fijo mediante la legislación y la práctica de los tribunales,

la costumbre fue perdiendo su importancia como fuente del derecho. Hoy en día la costumbre -fuera de los usos comerciales -tiene un papel secundario" (13).

El principio del imperio de la ley ha reducido a la costumbre al rango de fuente subsidiaria, cuya validez viene condicionada al expreso reenvío que de ella haga la ley. Principio que ha sido atenuado frente a los postulados del nuevo Estado Constitucional, sin que por esto se haya superado, tan solo replanteado. No se permitiría así una costumbre *contra legem* (contraria a la ley) y la costumbre *secundum legem* o conforme a la ley, la que sólo tendría una función evidentemente interpretativa).

Queda pendiente la posibilidad de admitir costumbre *praeter legem* (la que regula una materia que la ley no disciplina), la que sólo es válida en la medida que la ley reenvíe a los usos para la regulación de ciertas conductas. Pero, resulta cuestionable admitir esta costumbre procesal integrativa, es decir, costumbre a falta de ley, puesto que en los procedimientos de integración por analogías se supliría el vacío, confirmándose necesariamente el respeto que debe tenerse por el principio del formalismo.

Determinar si la costumbre es fuente o no del derecho procesal es una problemática igualmente compleja para su estudio. Debe aclararse que el concepto de usos procesales y prácticas forenses no responde a la noción de costumbre procesal. Sobre la temática falta precisión, lo que se erige en un óbice fundamental para formular una sustentación coherente. Los sujetos procesales deben gestar la actividad procesal conforme a formas preestablecidas específicas. Siempre existirá la posibilidad de que cualquier sujeto procesal le recuerde al juez de su deber de estar sujeto a las formas legisladas.

3.3. Negocios jurídicos de los particulares

Sobre los negocios jurídicos de los particulares se cuestiona, desde el principio del formalismo o de la legalidad de las formas, la posibilidad de que las partes puedan crear las reglas que han de fijar las condiciones del procedimiento para emitir la generación de una norma jurisdiccional que los afecte, toda vez que parece chocar con los intereses generales que se pretenden proteger en todo proceso, que impiden que tengan por norma rectora reglas de carácter privado. Las normas que delimitan la actividad procedimental deben tener alcance general. Sobre este punto debe destacarse que dentro de un contexto de Estado social de Derecho, no resulta dable privilegiar la libertad en detrimento de la igualdad. Es necesario que en el campo de los procesos jurisdiccionales y de otros

procedimientos afines (lineales) se tenga en cuenta que el debido proceso impone del respeto por la legalidad de la audiencia y la legalidad del sujeto que dirige los correspondientes instrumentos. Este punto resulta muy polémico por cuanto cierto sector de la doctrina comienza a admitir la presencia de una disponibilidad en el campo procesal. En este contexto se justifica, por parte de algunos juristas, la posibilidad de que existan contratos procesales sujetos a la homologación o aprobación del juez, sin que por esto se estén desconociendo el principio procesal de las formas propias de cada juicio.

Un debilitamiento de la comprensión sobre la legalidad de la audiencia y del juez no puede implicar que se desconozcan las bases esenciales del debido proceso ya conquistadas por las sociedades liberales, a partir de un desarrollo de la concepción de Estado de Derecho. Lo importante es que la legalidad se considere desde un contexto de lo fundamental, para no comprometer la primacía del derecho sustancial.

Las normas procesales deben servir para la efectividad y aplicación adecuada de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico sustancial. Se trata de respetar las formas preestablecidas en el desarrollo de los procedimientos y las correspondientes a la contradicción o defensa, pero sin reivindicar el procedimentalismo burdo que resulta inadmisibile.

Se deben distinguir formas sobre el trámite y formas referentes a la contradicción; precisamente frente a las últimas debe establecerse si están dirigidas exclusivamente a sujetos participantes, y si de alguna negociación sobre el particular pueden comprometerse los fines públicos del proceso o la dirección social del órgano jurisdiccional que lo dirige. Una propuesta bien interesante es la que presenta el profesor colombiano Diego López Medina sobre lo que denomina *plan del caso* (14). Se advierte una alternativa de cómo, sin desbordar el marco de la norma impuesta por la legalidad de las formas, se pueden realizar contratos procesales con el director del proceso en aras de garantizar finalmente una solución pronta de la pretensión procesal que sirve de objeto al proceso (15).

NOTAS:

(1) M. Troper, *La Filosofía del Derecho*, tr. de M. Teresa García-Berrío, Madrid, Tecnos, 2004, p. 93.

(2) Sobre estas fuentes Troper destaca lo siguiente: "Las fuentes materiales son muy diferentes dependiendo de las doctrinas. Para la Escuela Histórica del siglo XIX, lo es únicamente la conciencia colectiva del pueblo; pero, según otras doctrinas más tardías, lo determinante son los datos económicos y sociales. A dichas fuentes materiales se les pueden atribuir funciones de las más variadas. Unas veces, desde un punto de vista descriptivo, se

pretende que las reglas establecidas correspondan efectivamente a normas ya contenidas en la conciencia colectiva y descubiertas en los hábitos o en las costumbres; otras veces, desde un punto de vista prescriptivo, se recomienda al legislador traducir estas reglas en el Derecho positivo, o al juez buscar las soluciones que no pudo descubrir en el Derecho positivo, es decir, en las fuentes formales". Ibid., pp. 93-94.

(3) Según Troper: "Las fuentes formales se emplean, a su vez, según dos acepciones diferentes. Se designa en general de este modo, o bien a los actos de producción del Derecho –como la actividad legislativa de los Parlamentos-, o bien a los productos de esa actividad, a saber, las clases de enunciados como los textos de las leyes. Estas dos acepciones corresponden en realidad a dos concepciones diferentes de la norma. Si se identifica norma con el enunciado, la fuente del Derecho constituye el modo de producción del enunciado, es decir la acción de legislar; y dicha acción produce, en efecto enunciados que son normas. Sin embargo, si la norma es únicamente la significación del enunciado, entonces la acción de legislar, que produce solamente textos, no produce normas. Las normas no provendrán más que de la interpretación, y se dice de los textos que no son fuentes del Derecho únicamente porque son el objeto de la interpretación". Ibid., p. 94.

(4) En España se advierte un control difuso en la comunitariedad de la ley, pero un control concentrado en la constitucionalidad de la ley. Frente al derecho comunitario no cabe alegar compromisos de Derecho constitucional local, por cuanto existe un compromiso de lealtad comunitaria. Es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas, cuya sede se encuentra en Luxemburgo el "guardián" de este derecho comunitario, cuya jurisprudencia es vinculante para los poderes judiciales de los Estados miembros. Cfr. L. López Guerra y otros, *Derecho Constitucional*, 6ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 113-121, 125-129.

(5) La supremacía de la Constitución es consagrada en el texto constitucional colombiano de manera muy clara. El artículo 4 del mismo establece: "La constitución es norma de normas. En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales".

(6) Se precisa que la defensa de la Constitución por parte de los órganos jurisdiccionales se asume de diversas formas en atención a los prototipos o modelos de justicia constitucional existentes: (a) **el modelo concentrado o austriaco de 1920** (o de la *verfassungsgerichtsbarkeit* – inspirado por Kelsen-), (b) **el modelo difuso norteamericano de la *judicial review*** y, (c) finalmente, se advierten **prototipos de hibridación entre lo difuso y lo concentrado**, como sucede en varios países de América Latina y, concretamente, en Colombia. Véase el siguiente estudio: L. Pegoraro, «Los prototipos y la difusión de los modelos de la justicia constitucional», en *La Justicia constitucional; una perspectiva comparada*, tr. de M. León A., Madrid, Dykinson, 2004, p. 25-87.

Los Tribunales Constitucionales pueden o no hacer parte de la Rama Judicial. En Colombia, el artículo 116 de la Constitución integra la Corte Constitucional en la Rama Judicial. En España es un órgano ajeno al judicial (cfr. arts. 159-165 de la Constitución Española y Ley Orgánica 2 de 3 de octubre de 1979 sobre el Tribunal Constitucional). Un punto importante y no pacífico en la doctrina es establecer cuál es la naturaleza de la función que ejerce un Tribunal Constitucional, con independencia de que haga o no parte de la Rama Judicial. M. Capelletti se refiere a la *giurisdizione costituzionale delle libertà* (cfr. M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1971; *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1973). Aquí cabe la pregunta sobre si la actividad de este órgano es o no jurisdiccional, o de si debe diferenciarse dependiendo del tipo específico de actuación. En el caso del recurso del control de inconstitucionalidad es donde existen los mayores problemas, máxime en

atención a los efectos que se generan con las decisiones definitivas, que son distintos a los *inter partes* que por regla general acompañan a la cosa juzgada jurisdiccional. Otro es el evento correspondiente a las tutelas o amparos en donde no se cuestionan normas, sino propiamente actos, reclamando una solución definitiva mediante la aplicación directa de derechos fundamentales.

Es importante destacar que *Conseil Constitutionnel* francés, dentro de un modelo concentrado, ejerce una función básicamente política. No se trata de un órgano ajeno al poder legislativo. Es un órgano consultivo al servicio del Parlamento y que asegura su participación fundamentalmente antes de que la ley inicie su vigencia.

En los modelos difusos y semiconcentrados, por regla general, los jueces pueden perfectamente inaplicar la ley en caso de contradicción de la misma con una norma constitucional, situación que se restringe en modelos concentrados como el español que sólo permite que los jueces puedan plantear una *cuestión de inconstitucionalidad*, de oficio o a instancia de parte, antes de dictar sentencia de fondo o de mérito, cuando tengan dudas fundadas que una norma legal aplicable al caso, y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución; se plantea la cuestión ante el Tribunal Constitucional, pero el proceso sólo se suspende para el momento en que se va a dictar sentencia de fondo o de mérito (artículo 35 LOTC).

(7) La expresión «bloque de constitucionalidad» fue considerada inicialmente, hacia la década de los setenta del siglo pasado, por la jurídica doctrina francesa. Inicialmente se le consideraba como una noción referida "... «a los principios y reglas de valor constitucional» para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley". Su contenido ha variado desde el origen. En Francia esa evolución implicó finalmente una reducción de las categorías que se incluyen en el contenido del *bloc de constitutionnalité*, circunscribiendo sus elementos principales a la Constitución francesa de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Preámbulo de la Constitución de 1946 y los elementos marginales referidos a principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Así, "En la doctrina francesa, la expresión *bloc de constitutionnalité* se utiliza para designar el conjunto de normas que el *Conseil Constitutionnel* aplica en el control previo de la constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos parlamentarios. Ese conjunto, al que ya alude una decisión de 1966, está integrado en todo caso por la Constitución y, por la remisión del Preámbulo de ésta, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente también una declaración de derechos, sobre todo de carácter social. Cuando la norma sometida a control es una ley ordinaria, a ese conjunto se adicionan las leyes orgánicas o las ordenanzas con valor de ley orgánicas dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 92 de la Constitución, pero no los tratados internacionales ni los reglamentos de las Cámaras, cuya constitucionalidad, por el contrario, exige también su conformidad (¿o compatibilidad?) con las leyes ordinarias, que en consecuencia, respecto de ellos, se integran también en el *bloc de constitutionnalité*. Cfr. L. Favoreu y F. R. Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991, p. 19, 105-106.

Resulta sumamente problemática la exclusión de normas internacionales, que en determinados eventos como sucede con la Constitución colombiana de 1991 podrían incluirse, en lo que corresponde a normas referidas a derechos humanos relacionadas en tratados y convenios internacionales, las que tienen prevalencia en el orden interno y se integran, de esta bloque de la constitucionalidad.

(8) El inciso primero del artículo 93 de la Constitución de 1991 establece lo siguiente: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos

humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno”.

(9) *Ibid.*, p. 101.

(10) M. Troper, *op. cit.*, p. 97.

(11) Según Troper: “La generalización del alcance de las reglas creadas por los jueces se opera, no obstante, fácilmente gracias a la organización jerárquica de los tribunales. Cuando un Tribunal Supremo ha enunciado una regla, los tribunales inferiores no pueden, efectivamente, dejar de aplicarla, so pena de ver sus decisiones anuladas en apelación. En realidad, los juristas saben que la regla aplicable es la que resulta de la jurisprudencia de los Tribunales Supremos”. *Ibid.*, p. 100.

(12) *Ibid.*, p. 95

(13) A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, tr. de Genaro R. Carrió, 4ed, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 88-94.

(14) “El plan del caso es la orden judicial, construida con amplia intervención y acuerdo entre las partes, en el que, después de analizar el nivel de complejidad del proceso, el juez determina *para todo el proceso*

· el número de audiencias que el proceso habrá de tener,

· el propósito de cada una de estas audiencias y los insumos que las partes deberán llevar a las mismas para la consecución de sus objetivos,

· las fechas improrrogables de dichas audiencias,

· y las consecuencias que para las partes tendrá el incumplimiento del plan del caso”.

Cfr. D. López Medina, *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004, pp. 170-171.

(15) El plan del caso, según López Medina, permite que “...el juez asume un control mucho más estrecho de los ritmos y tiempos del proceso porque reemplaza el dilatado esquema de los términos legales previsto por la ley por un esquema, mucho más ajustado, de términos improrrogables definidos por las partes”. Para el autor, dicha técnica posibilita que se realice una dirección diferencial de casos teniendo en cuenta la complejidad concreta de los mismos teniendo en cuenta los extremos litigiosos, requiriendo de “la elaboración, desde el comienzo del iter procesal, de un mapa completo del caso u no simplemente la planeación fragmentada del siguiente evento procesal”. Destaca López que el plan del caso reduce costos y tiempos, asignando responsabilidades y consecuencias del incumplimiento. Requiere de acuerdo entre juez y partes, no pudiendo ser unilateralmente impuesto. Según el profesor colombiano es perfectamente viable pese a lo consagrado en el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil que establece que las normas procesales son derecho público y de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento. Cfr. *Ibid.*, p. 171-177.